

**UNIFIEO**  
**MESTRADO EM DIREITO**

**RICARDO MARTINS**

**Prontuário nº 11200798**

**A PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DOS**  
**DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS**

**Osasco/2013**

**RICARDO MARTINS**

**Prontuário nº 11200798**

**A PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DOS  
DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada a UNIFIEO, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ivan Martins Motta

**Osasco/2013**

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito e outros que se fizerem necessários, que isento completamente a UNIFIEO e os professores indicados para compor o ato de defesa presencial de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e ideias expressas na presente dissertação.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

Osasco, 18 de novembro de 2013.

**RICARDO MARTINS**

**Prontuário nº 11200798**

**RICARDO MARTINS**

**Prontuário nº 11200798**

**A PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DOS  
DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada a UNIFIEO, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Ivan Martins Motta

---

Examinador:

---

Examinador:

---

São Paulo, 18 de novembro de 2013.

*Dedico este trabalho a todo corpo docente da UNIFIEO, especialmente ao Prof. Ivan Martins Motta pela seriedade e dedicação ao ensino jurídico.*

*O modo pelo qual em muitos Estados se prende cautelarmente um homem assemelha-se muito a um assalto de bandidos. (Voltaire)*

## RESUMO

Inicia-se a presente pesquisa estudando o direito fundamental e universal à liberdade, apontando que seu cerceamento caso venha a ocorrer em um Estado democrático de direito como o brasileiro, deve sempre ser feito com respeito aos princípios da dignidade humana, proporcionalidade, dentre outros. Em seguida aborda-se um aspecto histórico dos sistemas penitenciários, passando Sistema *Pensilvânico*, *Auburniano* e *Progressivo*, demonstrando sua evolução na Idade Antiga, Idade Média e Idade Moderna, procurando fazer uma diferenciação entre a prisão-custódia da prisão-pena. No desenvolver dos estudos, destaca-se os pressupostos, hipóteses de cabimento, modalidades, bem como outros aspectos relevantes quanto a esta espécie de prisão cautelar existente no ordenamento jurídico nacional, sempre através da utilização de uma linguagem simples e objetiva. Aponta-se os direitos dos presos, amparados nas Regras Mínimas para tratamento dos prisioneiros da Organização das Nações Unidas - ONU, demonstrando a possibilidade da detração penal da prisão preventiva e a ausência de regulamentação federal da utilização de algemas no Brasil. No núcleo do trabalho em questão, destaca-se que a prisão preventiva tem função de custódia e não punitiva, e que em razão disto deve ser aplicada, quando for o caso, dentro mais estrita legalidade, e com respeito aos princípios constitucionais da dignidade humana, presunção de inocência, duração razoável do processo, individualização da pena e proporcionalidade. Na fase final da presente pesquisa, aponta-se a possibilidade jurídica de o Estado ser responsabilizado por eventual prisão preventiva ilegal, com base na jurisprudência, doutrina e nos tratados internacionais no qual é signatário.

**Palavras-chave:** prisão; direito; liberdade; princípios; preventiva.

## ABSTRACT

This work starts by studying the fundamental and universal right of liberty, pointing that if its retrenchment occurs in a democratic State like Brazil, it must always be done with respect to the principles of human dignity and proportionality, among others. Then we reflect about the historical aspect of prison systems, like *Pennsylvanian*, *Auburnian* and *Progressive System*, demonstrating its evolution in Ancient History, Middle Ages and Modern Age, trying to differentiate between custody and penalty prison. In the development of the study, highlights the conditions, hypotheses of appropriateness, modalities, as well as other relevant aspects to this kind of precautionary prison existing in national law, always through the use of plain and objective language. This work points up the rights of prisoners, protected under the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners of the United Nations - UN, demonstrating the possibility of detraction in precautionary prison and the absence of federal regulation for the use of handcuffs in Brazil. At the core of the work, it is emphasized that the precautionary prison must have custodial function and not punitive, and for this reason it should be applied, if appropriate, within strict legality, and with respect to the constitutional principles of human dignity, presumption of innocence, reasonable duration of the process, individualization of punishment and proportionality. The final phase of this research points to the legal possibility for the State to be held responsible for any illegal detention, based upon the jurisprudence, doctrine and international treaties to which Brazil is a signatory.

**Keywords:** prison; right; liberty; principles; custodial.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>1. DIREITO À LIBERDADE E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS</b>	<b>12</b>
1.1 Direito à liberdade de locomoção	12
1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana	13
1.3 Princípio da presunção de inocência	16
1.4 Princípio da duração razoável do processo	21
1.5 Princípio da individualização da pena	25
1.6 Princípio da segurança jurídica	27
1.7 Princípio da proporcionalidade	28
<b>2. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE</b>	<b>32</b>
2.1 Teoria geral da pena	32
2.2 A origem da pena privativa de liberdade	36
2.3 Os sistemas penitenciários	40
2.4. Os regimes prisionais	44
<b>3. PRISÃO PREVENTIVA</b>	<b>47</b>
3.1 Conceito de prisão preventiva	47
3.2 Pressupostos da prisão preventiva	51
3.3 Circunstâncias autorizadoras da prisão preventiva	53
3.4 Requisitos da prisão preventiva	59
3.5 Espécies de prisão preventiva	61
3.6 Duração da prisão preventiva	63
3.7 Mandado de prisão preventiva	64
3.8 Prisão preventiva de caráter especial	67
3.9 Medidas cautelares substitutivas da prisão preventiva	73
3.10 Revogação da prisão preventiva	79
<b>4. DIREITOS DO PRESO PROVISÓRIO</b>	<b>81</b>
4.1 Direitos do preso provisório e a LEP	81
4.2 Detração penal	83
4.3 A utilização de algemas	86
<b>5. A PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS</b>	<b>92</b>
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>107</b>
<b>REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA</b>	<b>109</b>

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por finalidade abordar o instituto da prisão preventiva existente no ordenamento jurídico nacional à luz dos direitos humanos fundamentais.

Inicialmente, será feita uma abordagem da evolução histórica da privação da liberdade no ordenamento jurídico nacional e internacional, destacando sua recente utilização como pena, tendo em vista que a restrição da liberdade na Antiguidade era bem mais utilizada como custódia para garantir um efetivo julgamento do que como forma de punição.

Para complementar o trabalho, destacar-se-á a diferença entre pena e prisão preventiva, destacando quando a pena será aplicada no regime fechado, semiaberto e aberto, através de uma breve apresentação da teoria geral da pena.

No intuito de facilitar a compreensão do tema central do trabalho, será abordada a evolução histórica do sistema penitenciário mundial até os dias atuais, passando pelos sistemas pensilvânico, auburniano e progressivo.

De uma forma sucinta, mas primordial procurar-se-á dar uma visão geral de alguns princípios fundamentais que estão diretamente ligados à privação da liberdade, tais como: princípio da dignidade humana; princípio da presunção de inocência; e princípio da duração razoável do processo.

No tema central do trabalho, será tratado o conceito de prisão preventiva, seus pressupostos, requisitos e espécies, bem como sua duração e possibilidade de sua revogação.

No terceiro capítulo destacar-se-á a função da prisão preventiva à luz dos direitos humanos fundamentais, destacando seu caráter instrumental e excepcional diante das regras estabelecidas pela Constituição Federal. Será enfatizado que o preso provisório permanece em situação judicial precária durante a prisão provisória e, como não poderia ser diferente, é sujeito de direitos e obrigações, conforme regras estabelecidas pelo Código de Processo Penal, pela Legislação Penal e Processual Penal Especial e por diversos Tratados e Convenções de Direitos Humanos.

Será abordada, também, a utilização das algemas com base no princípio da dignidade humana, trazendo seu caráter excepcional e sua polêmica diante da ausência de regulamentação federal específica no ordenamento jurídico nacional.

Finalizando o trabalho, abordar-se-á a questão da detração penal e a responsabilidade civil do Estado por eventuais abusos na utilização da prisão preventiva por parte das autoridades judiciárias, principalmente no que tange ao desrespeito ao princípio da duração razoável do processo e da dignidade da pessoa humana.

Em momento algum tem-se a intenção de esgotar o complexo assunto em questão, que é a privação da liberdade de alguém antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, mas sim apenas aguçar ainda mais o interesse pela pesquisa quanto ao tema abordado, diante dos acalorados debates que ocorrem diariamente no Poder Judiciário.

# 1. DIREITO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

## 1.1 Direito à liberdade de locomoção

O ser humano, por natureza, é um homem livre, sendo qualquer forma de privação de sua liberdade de locomoção de um instituto antinatural.

O direito de locomoção trata da resistência contra o Estado ao direito de ir, vir, ficar ou permanecer, ou seja, consiste no direito à liberdade em sentido estrito, uma prerrogativa de não ser preso de forma arbitrária.

Quanto à liberdade comenta o jurista Robert Alexy:

O conceito de liberdade é, ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros. Seu âmbito de aplicação parece ser quase ilimitado. Quase tudo aquilo que, a partir de algum ponto de vista, é considerado como bom ou desejável é associado ao conceito de liberdade.<sup>1</sup>

Diante da importância da liberdade, é estabelecido no art. 5º, XV da Carta Maior, que é livre à liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer, ou dele sair com seus bens. E o art. 5º, incs. LIV e LV estabelece que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal, em que se lhe assegure o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Conforme verifica-se, a Constituição Federal de 1988 procura tutelar ao máximo o direito à liberdade, cercando os cidadãos brasileiros de diversas garantias e remédios para que possa efetivar este direito.

Em algumas situações, a privação da liberdade tratar-se-á de um mal necessário, tendo em vista que todos também têm o direito constitucional à segurança. Desta forma, a própria Constituição prevê duas hipóteses em que o direito da liberdade poderá ser cerceada: a prisão

---

<sup>1</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001. p. 218.

em flagrante e aquela determinada por ordem judicial (art. 5º, LXI). Ficando vedada desta forma a chamada “prisão para averiguação”, por ausência de previsão constitucional e infraconstitucional.

Quanto à esta questão, comenta o jurista José Afonso da Silva:

*A liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz contém o direito de ir e vir (viajar e migrar) e de ficar e de permanecer, sem necessidade de autorização. Significa que “podem todos locomover-se livremente nas ruas, nas praças, nos lugares públicos, sem temor de serem privados de sua liberdade de locomoção”, dizia Sampaio Dória no regime da Constituição de 1946. Temos aí a noção essencial da liberdade de locomoção: poder que todos têm de coordenar e dirigir suas atividades e de dispor de seu tempo, como bem lhes parecer, em princípio, cumprindo-lhes, entretanto, respeitar as medidas impostas pela lei, no interesse comum, e abster-se de atos lesivos dos direitos de outrem.<sup>2</sup> (SILVA, 2008, p. 241)*

Neste sentido, a liberdade de locomoção no Brasil é a regra e a prisão é a exceção, só podendo ser cerceada nos casos expressamente previstos em lei e sempre com respeito aos princípios constitucionais da: dignidade humana, presunção de inocência, duração razoável do processo e da individualização pena.

## 1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Direitos humanos e direitos fundamentais com frequência são utilizados como sinônimos. Ocorre, contudo, que os primeiros existem independentemente de estarem positivados ou não e os segundos somente existem se estiverem devidamente inseridos no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional.

Neste sentido, leciona o jurista português J. J. Gomes Canotilho:

As expressões <<direitos do homem>> e <<direitos fundamentais>> são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-

---

<sup>2</sup> SILVA da, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**. 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008. p. 241.

universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.<sup>3</sup> (CANOTILHO, 2000, p.393)

Especialistas em Direito Constitucional atualmente entendem inexistir hierarquia entre os direitos fundamentais. Mas mesmo não havendo hierarquia entre referidos direitos, devido à importância do princípio da dignidade humana, doutrinadores elegem o apontado princípio como um dos basilares de qualquer Estado Democrático de Direito, haja vista que somente em situações excepcionais poderá ser relativizado.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. 1º, destaca de forma patente o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos alicerces de qualquer sociedade democraticamente organizada:

Artigo I - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Tão grande foi a importância dada à dignidade da pessoa humana pelo legislador constituinte originário, que fizeram questão de incluí-la também no art. 1º, do texto constitucional:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

...  
III - a dignidade da pessoa humana;

Mais especificamente no que se refere ao Direito Penal e Direito Processual Penal, visando dar efetividade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, mencionado princípio foi inserido via reflexa nos incisos XLVII e XLIX, ambos do art. 5º, da Constituição Federal, visando justamente tutelá-lo:

---

<sup>3</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2000. p. 393.

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) crueis;

...

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Referidos textos constitucionais visam justamente evitar que sejam cometidos abusos por parte de representantes do poder estatal, tendo em vista que em uma sociedade como a nossa isto seria muito possível acontecer, da forma como realmente acontece.

Vejamos o posicionamento de nossos Tribunais, no que se refere à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito Penal e no Direito Processual Penal:

PROCESSO PENAL - PRISÃO CAUTELAR - EXCESSO DE PRAZO - INADMISSIBILIDADE - OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ART. 1º, III)- TRANSGRESSÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, LIV)- "HABEAS CORPUS" CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, DEFERIDO. O EXCESSO DE PRAZO, MESMO TRATANDO-SE DE DELITO HEDIONDO (OU A ESTE EQUIPARADO), NÃO PODE SER TOLERADO, IMPONDO-SE, AO PODER JUDICIÁRIO, EM OBSÉQUIO AOS PRINCÍPIOS CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, O IMEDIATO RELAXAMENTO DA PRISÃO CAUTELAR DO INDICIADO OU DO RÉU (Processo: HC 85237 DF Relator(a): CELSO DE MELLO Julgamento: 16/03/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ 29-04-2005 PP-00008 EMENT VOL-02189-03 PP-00425 LEXSTF v. 27, n. 319, 2005, p. 486-508 RTJ VOL-00195-01 PP-00212 Parte(s): RICARDO PEIXOTO DE CASTRO ATAÍDE JORGE DE OLIVEIRA PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA).<sup>4</sup>

A importância da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana na legislação nacional surgiu justamente como forma reflexa dos diversos abusos havidos durante o árduo período de ditadura do País.

Conforme pode-se verificar, a Constituição Federal de 1988, em diversos dispositivos deixou bem claro que a dignidade da pessoa humana é um de seus ideais principalmente no que se refere à aplicação de penas e privação da liberdade.

---

<sup>4</sup> (Superior Tribunal de Justiça - Processo: HC 85237 DF Relator(a): CELSO DE MELLO Julgamento: 16/03/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ 29-04-2005 PP-00008 EMENT VOL-02189-03 PP-00425 LEXSTF v. 27, n. 319, 2005, p. 486-508 RTJ VOL-00195-01 PP-00212 Parte(s): RICARDO PEIXOTO DE CASTRO ATAÍDE JORGE DE OLIVEIRA PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA).

Muitos entendem ser impossível aplicar-se conjuntamente o Direito Penal e o princípio da dignidade humana, mas isto é perfeitamente viável, haja vista que nosso ordenamento jurídico não tutela a impunidade, mas sim a aplicação de uma pena justa nos ditames da lei.

Por meio de uma análise, mesmo que superficial da história do Direito Penal, pode-se verificar que as penas cruéis e corporais encontram-se superadas em nosso ordenamento jurídico, e mesmo quando e onde foram aplicadas, em muito pouco contribuíram para a diminuição da criminalidade.

A pena hoje tem a finalidade de reeducar e reinserir o condenado na sociedade. Por mais que esta seja uma tarefa árdua. Isto não quer dizer o Direito Penal tenha um caráter assistencial, até porque uma de suas finalidades também é punir o delinquente, para que isto sirva de exemplo a fim de que outras pessoas não venham a cometer novos crimes.

O Estado deve tomar muito cuidado ao aplicar a lei penal e processual penal, sob pena de equiparar-se ao próprio criminoso em determinadas situações.

O princípio da dignidade humana é um dos princípios mais importantes de qualquer ordenamento jurídico, mas para que venha a ser aplicado necessita de todo um aparato jurídico, sob pena de tornar-se letra morta no texto constitucional, situação esta que muitas vezes acontece.

Desta forma, o princípio da dignidade humana deve ser aplicado independentemente de raça, credo, cor, condição social, ou seja, sem distinção de qualquer natureza, diante da inexistência de espécies de seres humanos.

Pode até ser que a dignidade humana nunca venha a ser alcançada em sua totalidade em algumas situações, principalmente quando trata-se do encarceramento de alguém, mas de qualquer forma deve ser um fim a ser buscado.

### **1.3 Princípio da presunção de inocência**



Estabelece o art. 5º, LVII, da Constituição Federal que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;”. Surgindo daí, por consequência, o princípio constitucional da presunção de inocência ou da não-culpabilidade.

Neste sentido, leciona o constitucionalista Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal.<sup>5</sup>

A Carta Magna não declara que eventual acusado é inocente, mas apenas que ninguém será considerado culpado até que se prove o contrário.

Diante do texto constitucional acima mencionado, no processo penal pátrio o ônus da prova incumbe ao órgão acusador, que é o titular da ação penal nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal, cabendo a ele provar que o acusado é culpado, e não este provar sua inocência.

Neste sentido, significa dizer que o estado penal de culpado de qualquer acusado, somente será reconhecido após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Referido princípio constitucional é expresso na legislação infraconstitucional em diversos dispositivos legais, mas principalmente no art. 156, do Código de Processo Penal brasileiro, a qual estabelece que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.

Diante do ônus probatório do órgão do *parquet*, o acusado tem o direito inclusive de permanecer calado, caso assim entenda adequado, afastando-se do processo penal brasileiro o velho ditado que diz que “quem cala, consente”, tendo em vista que mesmo assim, a carga de provar sua culpa continuará sendo do órgão acusador.

Inclusive em sede de audiência, o interrogador tem por obrigação informar ao acusado o seu direito constitucional de permanecer calado, sob pena inclusive de anular eventual prova colhida irregularmente. Assim sendo, o direito contra a não auto-incriminação é de direito público subjetivo do acusado que não pode ser afastado sob pena de afronta direta a texto constitucional vigente.

---

<sup>5</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2008. p.118.

Tendo o direito de permanecer em silêncio, entende-se que o acusado não é obrigado a produzir nenhuma prova contra si mesmo, podendo inclusive mentir quando for interrogado, conforme entendimento jurisprudencial abaixo destacado:

PENAL E PROCESSO PENAL - Habeas Corpus. Falsidade ideológica. Art. 307 do CP. Acusado que declara nome e idade falsos perante a autoridade policial e o Ministério Público. Atipicidade. Exercício de autodefesa. Direito ao silêncio. É atípica a conduta do acusado que, ao ser preso em flagrante, declara, perante a autoridade policial, e após, ao Ministério Público, nome e idade falsos, haja vista a natureza de autodefesa da conduta, garantida constitucionalmente, consubstanciada no direito ao silêncio. Ordem concedida. (STJ - 6ª T.; HC nº 35.309-RJ; Rel. Min. Paulo Medina; j. 6/10/2005; v.u.).<sup>6</sup>

Desta forma, sendo iniciada eventual ação penal e não conseguindo o órgão acusador provar a responsabilidade do acusado pela eventual prática criminosa, deverá a demanda ser julgada improcedente e o acusado ser absolvido por ausência de provas, conforme estabelecem alguns dos incisos previstos no art. 386, do Código de Processo Penal.

O princípio da presunção de inocência tem previsão inclusive em diversas normas internacionais, como é o caso Pacto de San José da Costa Rica aprovado pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, que reza:

Artigo 8º - Garantias judiciais

...

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

No mesmo sentido, expressa o art. 14, 2, do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, aprovado Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992:

Decreto n. 592/92 – Art. 14 - 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

De análise do texto constitucional, da legislação infraconstitucional e das normas internacionais, pode-se verificar que antes do trânsito em julgado da sentença penal

<sup>6</sup> Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo - BAASP, 2461/3818-j, de 6.3.2006.

condenatória, o acusado não pode ser tratado como se culpado fosse, prevalecendo o princípio da não culpabilidade.

Referido princípio deve ser considerado como regra em nosso ordenamento jurídico, admitindo-se a privação da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal apenas nas hipóteses expressa e claramente previstas em lei, conforme entendimento jurisprudencial:

LIBERDADE PROVISÓRIA - Vigindo entre nós o princípio da presunção de inocência, não é o paciente, preso em flagrante delito ou preventivamente, quem deve provar que é primário e tem bons antecedentes. O ônus desta prova incumbe a acusação. Podendo a prisão preventiva ser decretada a qualquer tempo, conforme o artigo 316 do CPP, a liberdade provisória não pode ser condicional e a sua concessão relativa se constitui em constrangimento ilegal. (TJSP- 1ª Câ. ; HC nº 150.770-3/4-São Paulo; rel. Des. Fortes Barbosa; j. 30.08.1993; v.u.).<sup>7</sup> BAASP, 1821/481-j, de 17.11.1993.

PROCESSO PENAL - INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - Narrativas contraditórias dos sujeitos do delito, sem apoio em outro dado probante, prejudicam a formação do convencimento do juiz. Operação que se traduz na pesquisa da instrução criminal, que visa buscar o conhecimento do fato-crime investigado, das suas circunstâncias, e que vai servir de fundamento à decisão judicial. Quando nada houver nos autos a indicar que esta ou aquela versão deva ser acolhida, ocasionando uma situação probatória duvidosa e hesitante, a imposição da condenação é temerária, prevalecendo, nessa hipótese, o entendimento de que deve nortear o julgamento a interpretação da prova sob o princípio do "in dubio pro reo". (TACRIM - 10ª Câ. ; AP - Reclusão nº 1.286.861/9-Americana-SP; Rel. Juiz Márcio Bártoli; j. 5/12/2001; v.u.).<sup>8</sup> BAASP, 2262/543-e, de 6.5.2002.

Assim sendo, a aplicação de qualquer espécie de sanção antecipada ao preso provisório que aguarda julgamento constitui notória violação aos seus direitos e garantias fundamentais.

Mas, mesmo existindo referido princípio constitucional, isto não impede que o legislador infraconstitucional estabeleça benefícios para aquele acusado que eventualmente venha a confessar a prática delitiva, como ocorre no art. 65, II, *d*, do Código Penal brasileiro, e em diversos dispositivos previstos na legislação penal e processual penal especial, que regulamentam a delação premiada.

A presunção de inocência é dos principais princípios de qualquer Estado democraticamente organizado e se materializa no processo penal através de outro princípio,

---

<sup>7</sup> Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo - BAASP, 1821/481-j, de 17.11.1993.

<sup>8</sup> -Idem, 2262/543-e, de 6.5.2002.

que é o princípio do *in dubio pro reo* ou *favor rei*, onde, na dúvida na colheita de provas deverá o julgador decidir em favor do acusado.

Neste sentido, segue a jurisprudência de nossos Tribunais:

PROVA - INSUFICIÊNCIA PARA O VEREDICTO PROBATÓRIO – ROUBO - Para a condenação do réu a prova há de ser plena e convincente, ao passo que para a absolvição basta a dúvida, consagrando-se o princípio do "in dubio pro reo", contido no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal. Absolvição por inexistência de prova suficiente para a condenação. Recurso provido. (TACRIM - 6ª Câ.m.; Ap. nº 1.136.569-9-SP; Rel. Juiz Penteado Navarro; j. 12.05.1999; v.u.).<sup>9</sup>

ESTELIONATO PRATICADO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL - ABSOLVIÇÃO – INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO PELA JUSTIÇA PÚBLICA - FRAGILIDADE PROBATÓRIA - ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPUNHA E QUE MERECE SER MANTIDA - APELO DESPROVIDO - 1. Não havendo provas cabais e peremptórias, produzidas no processo, da autoria do crime, é de rigor a manutenção da absolvição dos apelados, em observância ao princípio "in dubio pro reo", consagrado em nosso ordenamento jurídico. 2. As provas produzidas no inquérito policial destinam-se a formar a "opinio delicti" do acusador e fornecer, ao julgador, elementos de convicção acerca da existência de justa causa para o recebimento da denúncia. Uma vez recebida esta, aquele não fica isento de comprovar a acusação, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, cuja observância inexistente na fase pré-processual. 3. Apelação a que se nega provimento. (TRF - 3ª Região - 1ª T.; Ap. Criminal nº 98.03.082836-3-SP; Rel. Juiz Casem Mazloum; j. 25/5/1999; v.u.; ementa.)<sup>10</sup>

Analisando o princípio da presunção de inocência, verifica-se que o mesmo foi criado justamente para se evitar arbitrariedades por parte do Estado contra os cidadãos, conforme leciona o jurista Maurício Zanoide de Moraes:

A comunidade internacional percebeu que para se evitar o surgimento de Estados totalitários, deve evitar que as legislações internas desrespeitem os indivíduos e, por meio do sistema criminal, perpetuem perseguições políticas e violações a direitos essenciais aos cidadãos. Pequenas ditaduras nascem, no mais das vezes, com falsos argumentos de maior controle do "mal" interno (crescimento da violência, em regra), caminham e crescem pelos abusos e perseguições a seus opositores e "inimigos" (políticos, econômicos, sociais ou raciais) e, após soberanas em suas republiquetas", lançam-se à guerra, sempre sob o pretexto de proteção contra os "inimigos" internacionais que querem atacar "sua paz" ou prejudicar o "bem estar" "conseguindo" pelos seus cidadãos.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Ibidem, 2133/1199-j, de 15.11.1999.

<sup>10</sup> Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo - BAASP, 2175/306-e, de 04.09.2000. BAASP, 2190/344-e, de 18.12.2000.

<sup>11</sup> ZANOIDE, Mauricio de Moraes. **Presunção de Inocência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 176-177.

Pode-se concluir então, que o princípio *in dubio pro reo* é decorrente do princípio da presunção de inocência, que estabelece que no processo penal, havendo dúvidas sobre a autoria e materialidade da prática de determinado crime, decide-se em favor do acusado. Ressalta-se, contudo, que a dúvida existente acerca da autoria de um delito não está nas provas até então produzidas, mas na própria mente daquele que as analisa, sendo assim, a dúvida não é a causa/motivo de se absolver o réu, mas, ao contrário, é a falta de elementos de convicção que demonstrem ligação do acusado com o fato delituoso que geram no julgador, a dúvida acerca do *nexum* entre materialidade e autoria.

#### **1.4 Princípio da duração razoável do processo**

Depois de 17 (dezesete) anos de vigência da atual Constituição, o legislador brasileiro resolveu inserir o inciso LXXVIII, no art. 5º, de seu texto, instituindo o princípio da duração razoável do processo, que estabelece:

CF – Art. 5º, LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A prestação jurisdicional dentro de prazo razoável é uma obrigação para qualquer sociedade civilizada que queira resolver seus conflitos por meio da repartição de poderes.

Referido texto constitucional, veio exigir uma prestação jurisdicional mais célere por parte do Poder Judiciário, tendo em vista que a morosidade é uma das principais críticas feitas contra espécie de serviços públicos, chegando ao ponto de afrontar por consequência outro direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV:

CF – Art. 5º - XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O desrespeito ao princípio da duração razoável do processo acima mencionado, por via reflexa trata-se ainda de clara violação ao princípio constitucional do devido processo legal, tendo em vista que retarda a prestação jurisdicional e desatende o estabelecido pelo processo penal contemporâneo.

Referido texto constitucional acima mencionado, vem corroborar ainda o estabelecido no art. 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que reza:

CADH – Art. 8º, 1 - toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

A emenda constitucional nº 45/2004 veio incorporar ao processo penal brasileiro a ideia de que um processo penal justo é aquele que é julgado também dentro de um prazo razoável, obrigando o Poder Judiciário a diminuir a morosidade de sua prestação jurisdicional, e a outros órgãos administrativos acelerarem o julgamento de seus processos, situação esta que assola há vários anos o erário brasileiro.

O filósofo italiano Cesare Beccaria, no século XVIII, naquela época já se preocupava com a morosidade do julgamento dos processos:

Quando o delito é constatado e as provas são certas, é justo conceder ao acusado o tempo e os meios de justificar-se, se lhe for possível; é preciso, porém, que esse tempo seja bem curto para não retardar demais o castigo que deve seguir de perto o crime, se se quiser que esse castigo seja um freio útil contra os celerados.

...

Quanto mais pronta for a aplicação da pena e mais de perto seguir o delito, tanto mais justa e útil ela será. Mais justa, porque poupará ao acusado os cruéis tormentos da incerteza, tormentos supérfluos, cujo horror aumenta para ele na razão da força de imaginação e do sentimento de fraqueza.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. 2ª ed., São Paulo: Edipro, 2011. p. 53 e 73.

A jurisprudência pátria também vem seguindo o mesmo sentido, na busca de afastar o problema pertinente a morosidade do Poder Judiciário, por meio da aplicação do princípio da duração razoável do processo, senão veja-se:

VIOLAÇÃO À GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO - PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - 1. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DA PACIENTE PARA APRESENTAR DEFESA PRÉVIA ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - DESRESPEITO AO ART. 38 DA LEI Nº 10.409/2002 - NULIDADE - OCORRÊNCIA - 2. EXCESSO DE PRAZO - RÉ PRESA - QUASE DOIS ANOS SEM SENTENÇA - VIOLAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LXXVIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - JUSTIFICATIVA PARA A DEMORA - INEXISTÊNCIA - 3. ORDEM CONCEDIDA. - 1 - A não observância do rito instituído pela Lei nº 10.409/2002, art. 38, acarreta a nulidade do Processo Penal desde o recebimento da denúncia. 2 – A prisão por quase dois anos sem a prolação de sentença penal, ausente qualquer justificativa para a demora, configura violação ao art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, impondo-se imediata soltura da paciente. 3 – Ordem concedida para anular o Processo desde o recebimento da Denúncia, dando-se a oportunidade à paciente para a apresentação de defesa prévia, e expedindo-se alvará de soltura se por outro motivo não estiver presa. (STJ - 6ª T.; HC nº 57.620-SP; Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura; j. 28/8/2007; v.u.)<sup>13</sup>

EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO PROCESSUAL - HABEAS CORPUS - PROCESSO PENAL - DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO - EXCESSO DE PRAZO NÃO JUSTIFICADO. - Réu pronunciado há mais de um ano e preso desde 3/3/2005, sem que tenha sido submetido a julgamento. A alegação de que faltam provas técnicas devidas por órgão oficial, que deveriam ser providenciadas pela defesa, não merece acolhida, pois que se trata de providência a cargo do Juízo. Significativo tempo morto processual causador da ilegalidade da prisão. Ordem concedida. (TJRJ - 1ª Câ. Criminal; HC nº 2006.059.06436-Niterói-RJ; Rel. Des. Geraldo Prado; j. 28/11/2006; m.v.)<sup>14</sup>

Ocorre, contudo, que a duração razoável do processo não deve se confundir com a celeridade processual exacerbada. Desta forma, o processo deve ter um prazo razoável, porém, não se pode sobrepor a outros direitos e garantias fundamentais previstos pelo legislador constituinte originário.

Visando dar efetividade ao princípio da duração razoável do processo, por consequência, na mesma emenda constitucional foi alterado o art. 93, XII, da Constituição Federal, que retirou do Poder Judiciário as férias forenses, fazendo com que a prestação jurisdicional se tornasse contínua e ininterrupta nos juízos singulares e nas instâncias superiores, senão veja-se:

<sup>13</sup> Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo - BAASP, 2553/1450-e, de 10.12.2007.

<sup>14</sup> (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - 1ª Câ. Criminal; HC nº 2006.059.06436-Niterói-RJ; Rel. Des. Geraldo Prado; j. 28/11/2006; m.v.)

CF – Art. 93, XII - a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedadas férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente.

Outra providência trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, foi a possibilidade de delegação aos servidores do Judiciário da competência para produção de atos de mero expediente, sem caráter decisório, atos estes que tomavam a maior parte do tempo dos magistrados.

Inovação extremamente importante trazida também pela apontada alteração constitucional, foi a criação da Súmula Vinculante, que é uma clara influência do direito anglo-saxão no Brasil (*Common law*).

Assim sendo, não será admissível que o acusado em processo-crime ou qualquer outro processo que seja, arque com a lentidão da prestação jurisdicional, sob pena clara de violação ao seu princípio constitucional da duração razoável do processo, bem como da dignidade da pessoa humana e outros que venham a ser atingidos por via reflexa.

Um claro exemplo de efetivação do princípio da duração razoável do processo foi a estipulação de prazo para encerramento dos procedimentos processuais penais pelo Código de Processo Penal:

Procedimento Sumário - CPP - Art. 531. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate.

Procedimento Ordinário - CPP - Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

Procedimento do Júri - CPP - Art. 412. O procedimento será concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias.



Procedimento da lei de drogas – Lei 11.343/2006 - Art. 56. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.

...

§ 2º A audiência a que se refere o caput deste artigo será realizada dentro dos 30 (trinta) dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 (noventa) dias.

Mas a aplicação do princípio da duração razoável do processo não se limita apenas à primeira instância, devendo ser aplicado também nas instâncias superiores, haja vista que muitas vezes a demora no julgamento de recursos também traz graves prejuízos ao acusado, que muitas vezes aguarda tal resposta jurisdicional recursal privado de sua liberdade.

Em razão disto, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – vem impondo metas aos Tribunais Estaduais e Federais, inclusive com a imposição de sanções administrativas, na busca de acelerar o julgamento dos recursos, situação esta que vem surtindo um efeito extremamente positivo, chegando ao ponto de alguns deles serem julgados antes de um ano.

Não se exige do Poder Público uma prestação jurisdicional imediata, até porque isto seria impossível, mas sim aquela que atenda a um justo processo legal dentro da razoabilidade.

Mas de nada adianta a inclusão ou alteração de alguns incisos na Constituição Federal, se o Estado não equipar o Poder Judiciário com tecnologia de ponta e com a contratação de mão de obra especializada.

Outra questão de suma importância para que tal princípio venha a ser aplicado também, é o abandono da formalidade excessiva das normas processuais, afastando-se os atos protelatórios que muitas vezes somente são acessíveis a acusados com condição financeira mais elevada, dando-se preferência sempre que possível à oralidade e à concentração dos atos processuais, tendo em vista que estas atitudes otimizam os gastos.

Neste sentido, pode-se concluir que a duração razoável do processo é um direito de todo cidadão brasileiro, e que deve ser aplicado de forma efetiva pelo Poder Judiciário, sob pena de clara afronta a preceito expresso constitucional.

## **1.5 Princípio da individualização da pena**

De acordo com o princípio da individualização da pena previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, a pena deve graduar-se de acordo com a relevância do bem jurídico tutelado, observando-se também a pessoa do delinquente. Referido princípio está totalmente relacionado com o caráter retributivo da pena, que tem por finalidade devolver o mal concreto causado pelo crime, de acordo com a personalidade do agente.

Segundo Flávio Monteiro de Barros, o princípio da individualização da pena projeta-se sob três aspectos: o legislativo, o judicial e o executório, senão veja-se:

A individualização legislativa é operada pelo legislador quando comina pena abstrata, de acordo com o a maior ou menor gravidade do delito. A lei deve prever a espécie e quantidade da pena e, se for o caso, a sua substituição por outras penas mais leves.

A individualização judicial é efetuada pelo magistrado quando, na sentença, impõe a pena concreta ao réu, dosando-a com base nos critérios previstos no art. 59 do CP.

A individualização administrativa ou executiva é concretizada na fase da execução da pena, quando se confere para cada condenado um tratamento específico dentro dos estabelecimentos prisionais. Assim, de acordo com o inciso XLIX do art. 5º da CF “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. O inciso XLVIII do aludido art. 5º prevê que o cumprimento da pena se dará em estabelecimentos distintos, atendendo a natureza do delito, a idade e o sexo do condenado. E no inciso L do art. 5º assegura-se às presidiárias “condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.<sup>15</sup>

O princípio da individualização da pena surge justamente como forma de se evitar desproporcionalidade na aplicação da mesma conforme lições de Luciano Feldens:

Por outro lado, se o juízo de desproporcionalidade brota das circunstâncias do caso concreto, considerada a inexpressiva lesividade da conduta em face da sanção que lhe é formalmente projetada, sob questão não estará a legitimidade norma penal em abstrato, mas a consequência jurídico-penal de sua incidência em concreto.<sup>16</sup>

Neste sentido, referido princípio estabelece que as sanções devem ser impostas aos condenados de forma personalizada e particularizada, de acordo com a natureza e as circunstâncias dos delitos e à luz das características pessoais do infrator, sendo vedada qualquer forma de padronização.

<sup>15</sup> BARROS, Flávio Augusto Monteiro. **Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p 441.

<sup>16</sup> FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. Porto Alegre: 2005. p. 193.

Assim sendo, a individualização da pena é um princípio constitucional fundamental, representado ainda como um direito humano fundamental e concomitantemente uma garantia humana fundamental.

## 1.6 Princípio da segurança jurídica

A própria existência de um ordenamento jurídico, com a previsão de preceitos normativos gerais, impessoais e abstratos, presta serviço à segurança jurídica, uma vez que em geral há regras previamente definidas para a resolução dos conflitos de interesse.

A segurança jurídica consubstancia-se no conjunto de condições que tornam possível ao cidadão o conhecimento prévio e reflexivo das consequências de seus atos.

O princípio da segurança jurídica encontra-se diretamente ligado aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, tendo em vista que sem ele dificilmente os demais princípios fundamentais constitucionais poderiam ser tutelados.

Toda sociedade democrática possui uma ordem jurídica organizada, estando o princípio da segurança jurídica implícito em seu valor essencial de justiça.

A Constituição Federal brasileira prevê a segurança jurídica em três incisos de seu art. 5º que rezam:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

...

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

...

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

De análise dos textos constitucionais acima apontados, pode-se verificar que a segurança jurídica expressa-se por outros princípios constitucionais, tais como: irretroatividade da lei; coisa julgada; respeito aos direitos adquiridos; respeito ao ato jurídico perfeito; prévia lei para a configuração de crimes; penas previamente estabelecidas; etc.

A lei é a principal fonte da segurança jurídica, tendo em vista que expressa a vontade do povo, levando em consideração que foi elaborada por seus representantes eleitos, e tendo em vista que o poder em uma sociedade democrática emana do povo.

Neste sentido para poder privar alguém de sua liberdade por qualquer motivo que seja, o Estado, por meio de seus representantes, deve estar amparado em lei.

O princípio da legalidade surgiu exatamente como uma conquista do Estado de Direito a fim de que os cidadãos não sejam obrigados a se submeterem ao abuso de poder estatal, transmitindo um valor de justiça.

Em razão disso, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Desta forma, o princípio da segurança jurídica e o princípio da legalidade apresentam-se como sustentáculo do próprio Estado Democrático de Direito, devendo alcançar todos os indivíduos em suas relações.

Referida segurança tem importância na proteção conferida aos cidadãos de que as ações estatais ocorrerão conforme as normas existentes e, em caso de alteração, não representarão uma ruptura e não constituirão mudanças drásticas que afetem o patrimônio jurídico consolidado.

Neste sentido, o princípio em questão representa uma das mais respeitáveis garantias que o ordenamento jurídico oferece aos cidadãos, tendo em vista que o Estado representa o pacto onde estes trocaram parte de sua liberdade pela segurança a ser provida pelo Estado, o que significa dizer que o princípio em tela é a mais básica das obrigações do ente coletivo.

## **1.7 Princípio da proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade é um dos sustentáculos de qualquer ramo do Direito, mas tem influência direta no Direito Penal de qualquer ordenamento jurídico, tendo em vista que é imanente ligado à essência dos direitos fundamentais, por tratar-se de expressão de pretensão da liberdade.

Referido princípio é implícito na Constituição Federal e vem estabelecer que o legislador ao criar infrações penais e suas respectivas penas deve levar em consideração a gravidade da infração penal praticada e o bem jurídico tutelado, sob pena destas tornarem-se abusivas.

Um tipo penal não pode prever uma pena muito elevada nem muito branda em seu preceito secundário, sob pena de haver um desvio de sua finalidade, tendo em vista que poderá tutelar demasiadamente e desnecessariamente determinado bem jurídico, como poderá deixar outros desamparados.

No mesmo sentido, o princípio da proporcionalidade, vem estabelecer que o juiz no momento de aplicar a pena estabelecida pelo legislador, entre o mínimo e o máximo, deve ter razoável proporção entre o peso da sanção penal e o dano praticado pela infração penal.

Adequado também não será, privar alguém de sua liberdade por ter praticado uma infração penal insignificante, ou seja, que não tenha ofendido de forma relevante bem jurídico tutelado.

No âmbito internacional, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, estabelece em seu art. 8º que: “A lei não deve estabelecer mais do que penas estritamente e evidentemente necessárias”.

Seguindo esta linha raciocínio, leciona o jurista Luigi Ferrajoli:

Que quantidade de pena? A medida da pena o princípio da proporcionalidade – O fato de que entre a pena e delito não exista nenhuma relação natural não exime a primeira de ser *adequada* ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexos retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz *em relação* à natureza e à gravidade do outro. O *princípio de proporcionalidade* expressado na antiga máxima *poena debet commensurari delicto* é, em suma, um corolário dos princípios de legalidade e de retributividade, que tem nestes seu fundamento lógico e axiológico.<sup>17</sup>

Com o passar dos anos, várias modificações foram feitas no Código Penal brasileiro, situação esta que implicou em uma perda da harmonia entre os preceitos primários e

---

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 366.

secundários de alguns tipos penais, abrindo margem ao desprestígio do princípio da proporcionalidade e ao próprio Direito Penal.

Questão que gerou um desrespeito gritante ao princípio da proporcionalidade foi o surgimento de diversas leis especiais penais espalhadas pelo ordenamento jurídico nacional. Sendo que a própria Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90) foi significativa para tal questão, já que elegeu inicialmente como delito hediondo o envenenamento de água potável, situação esta que foi parcialmente corrigida pela Lei n. 8.930/94, mas que não reduziu a pena do referido delito.

Outro exemplo de tipo penal que demonstra uma clara afronta ao princípio da proporcionalidade, é o art. 273 do Código Penal, que prevê uma pena de 10 a 15 anos e multa para o delito de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

Questão muito polêmica também, foi o fato de Lei n. 8.072/90 ter dobrado a pena do crime de estupro para (CP, art. 213), passando-a de três anos de reclusão para seis anos de reclusão, equiparando referido delito ao crime de homicídio, tutelando os crimes contra a dignidade sexual da mesma forma que os crimes dolosos contra a vida, situação esta que aflora uma patente desproporcionalidade entre os bens jurídicos tutelados.

Outra questão interessante que deve ser destacada, é a Lei n. 9.605/95 que, em seu art. 30, prevê uma pena de 3 meses a 1 ano para quem maltrata animais, enquanto que o art. 136 do Código Penal prevê uma pena de 2 meses a 1 ano e multa para o delito de maltrato de seres humanos.

Um marco histórico no surgimento do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico mundial foi a *Magna Carta Inglesa*, de 1215, que estabelece que: “o homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito”.

Decorrência do princípio da proporcionalidade é o princípio da proteção deficiente, que vem estabelecer que uma determinada infração penal não pode ter uma pena ínfima, sob pena de o bem jurídico tutelado ficar desprotegido.

Para o processo penal, o princípio da proporcionalidade diz respeito à aptidão ou adequação que determinado meio deve ter para alcançar o fim legítimo pretendido, ou seja, os fins da persecução penal.

No que se refere à prisão cautelar, torna-se desarmônico, por exemplo, aplicar a privação antecipada da liberdade por meio uma prisão preventiva, se, por exemplo, a infração penal não prevê a privação da liberdade como pena final.

Desta feita, é notória a importância de princípio da proporcionalidade para a manutenção do estado democrático de direito, impondo uma proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que causem nos cidadãos danos mais graves do que o indispensável para a proteção dos interesses públicos.

## 2. DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

### 2.1 Teoria geral da pena

Nas palavras de Eugênio Raul Zaffaroni, pode-se conceituar pena como sendo: “la coerción estatal que importa la privación de derechos o la inflicción de um dolor; que no persigue um fin reparador ni de neutralización de um daño em curso o de um peligro inminente(...)”<sup>18</sup>

O tema pena de um modo geral não foi o enfoque do trabalho em questão, porém, far-se-á uma breve abordagem quanto à Teoria Geral da Pena, justamente para que se faça um comparativo nos capítulos finais, demonstrando que, em algumas situações concretas, a prisão preventiva chega a ser mais gravosa do que a própria pena.

A palavra pena deriva do latim *poena*, que significa castigo ou suplício, e é imposta pelo Estado em execução de uma sentença condenatória com trânsito em julgado, ao culpado pela prática de uma infração penal.

Muitos sustentam que a pena é um mal necessário e que sem sua existência seria praticamente impossível se conviver em sociedade. Neste sentido, leciona Magalhães Noronha:

Realmente, uma coisa é afirmar o *conceito* da pena e outra, seu *fim*. A pena é retribuição, é privação de bens jurídicos, imposta ao criminoso em face do ato praticado. É expiação. Antes de escrito nos Códigos, está profundamente radicado na consciência de cada um que aquele que praticou um mal deve também sofrer um mal. Não se trata da *lex talionis*, e para isso a humanidade já viveu e sofreu muito; porém é imanente em todos nós o sentimento de ser retribuição do mal feito pelo delinquente. Não como afirmação de vindita, mas como demonstração de que o direito postergado protesta e reage, não apenas em função do indivíduo, mas também da sociedade.<sup>19</sup>

Pena e medida de segurança são espécies do gênero infração penal. A pena é uma sanção prevista para os imputáveis e a medida de segurança trata-se de tratamento aplicado

<sup>18</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul Zaffaroni. **Derecho Penal Parte Geral**. Buenos Aires: Ediar. 2000. p. 876.

<sup>19</sup> NORONHA, Edgard Magalhães, **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva. 1998. 1 v. p. 225-226.



aos inimputáveis e aos semi-imputáveis, em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto.

De um modo geral, as penas podem ser privativas de liberdade, restritivas de direito ou de natureza pecuniária.

A Constituição Federal em seu art. 5º, XLVI, estabelece que no Brasil podem ser aplicadas, dentre outras, as seguintes penas: 1) Privação ou restrição da liberdade; 2) Perda de bens; 3) Multa; 4) Prestação social alternativa; e 5) Suspensão temporária de direitos.

O sistema punitivo penal de um Estado constitui o mais rigoroso instrumento de controle social, sendo assim, o referido sistema somente pode ser utilizado para proteção dos bens jurídicos mais importantes, ou seja, de grande valor para a sociedade.

O poder que o Estado possui para editar normas penais encontra fundamento no dever que lhe incumbe de preservar a ordem e a segurança da convivência social.

Como o Estado tem outras formas de preservação da ordem, o Direito Penal somente deve ser aplicado, quando os outros ramos do Direito forem ineficazes, daí o caráter subsidiário e fragmentário deste ramo do Direito.

Estudiosos do Direito procuram explicar o fundamento da pena através de 3 (três) teorias: 1) absoluta; 2) relativa; e 3) mista.

Para a teoria absoluta a pena é uma exigência de justiça, no sentido de que quem pratica um mal deve sofrer um mal (*punitur quia peccatum est*). Todavia, para a teoria relativa a pena tem um caráter preventivo, evitando que o crime venha a acontecer (*punitur ne peccetur*). E para a teoria mista, a pena é uma junção entre a teoria absoluta e a relativa, ou seja, tem um caráter retributivo e preventivo (*punitur quia peccatum est ne peccetur*).

As normas penais, em regra, são compostas de um preceito primário e um secundário, sendo que o primeiro exprime um comando e o segundo prevê uma pena.

Neste sentido, entende-se que pena é a sanção imposta pelo Estado ao autor de uma infração penal, como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar a prática de um novo delito.

Seguindo esta linha raciocínio, leciona Heleno Cláudio Fragoso:

Pena é a perda de bens jurídicos imposta pelo órgão da justiça a quem comete o crime. Trata-se da sanção característica do direito penal, em sua essência, retributiva. A sanção penal é, em essência, retributiva porque opera causando um mal ao transgressor. Distingue-se assim das demais sanções jurídicas, que, em regra, se destinam à reposição do *status quo ante* através da reparação ou da restituição. Quem deixa de pagar uma dívida, transgredir uma norma do direito privado e terá como sanção (civil) a obrigação de pagá-la coativamente, indenizando o dano causado ao credor. Quem pratica um homicídio transgredir uma norma penal e receberá, como sanção, pena privativa de liberdade. Diz-se retributiva a sanção penal porque consiste num mal imposto ao transgressor em virtude da violação da norma jurídica. Esse mal é a perda de bens jurídicos: a vida (no caso da pena de morte), a liberdade (se a pena é de prisão) ou o patrimônio (no caso de pena de multa). O magistério punitivo do Estado, no entanto, como explicamos, não se funda na retribuição.<sup>20</sup>

A pena tem um caráter *erga omnes*, tendo em vista que é voltada a todos os cidadãos, devendo ser imposta indistintamente quando for o caso.

De acordo com o art. 59, do Código Penal, a pena tem uma dupla finalidade: prevenir que as pessoas cometam outros crimes e punir o autor do crime pelo mal que causou à vítima e à toda sociedade.

Estabelece o art. 32, do referido diploma material, que as penas consistem em: 1) penas privativas de liberdade; 2) penas restritivas de direito; e 3) pena de multa.

A pena privativa de liberdade divide-se em pena de reclusão, detenção ou prisão simples.

Na prática, as penas de reclusão, detenção e prisão simples pouco se diferenciam diante da ausência de estrutura do poder estatal para que esta diferenciação seja feita, contudo, tecnicamente existem algumas diferenças no momento de sua aplicação que devem ser respeitadas.

Somente os crimes mais graves são punidos com pena de reclusão, e têm preferência em sua execução. Além do mais, os condenados a cumprirem este tipo de pena têm maior rigor para conseguirem eventuais benefícios legais durante sua execução, justamente diante da gravidade do crime que praticaram, diferentemente dos crimes punidos com detenção ou prisão simples.

---

<sup>20</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 32

A pena de reclusão pode ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, de acordo o quantitativo da pena aplicada. Sendo que, se a pena aplicada for superior a 8 (oito) anos, necessariamente o condenado deve iniciar seu cumprimento em regime fechado, se superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito), salvo se o condenado for reincidente, deve iniciar em regime semiaberto, e quando a pena aplicada for até 4 (quatro) anos, salvo exceções, deve iniciar-se em regime aberto.

A pena de detenção segue mais ou menos a mesma sistemática. Os condenados à pena superior a 4 (quatro) anos iniciam o cumprimento da pena no regime semiaberto, os condenados à pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos iniciam o cumprimento da pena em regime aberto. Sendo que os reincidentes devem iniciar o cumprimento da pena em regime mais gravoso, ou seja, no regime semiaberto.

Na pena de prisão simples não existe a possibilidade de o condenado cumprir sua pena no regime fechado, devendo a reprimenda ser cumprida em regime semiaberto ou aberto, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, sem o rigorismo do sistema penitenciário (LCP, art. 6º).

Tratando-se de caso de absolvição imprópria pela prática de crime apenado com reclusão, com aplicação de medida de segurança, o inimputável ou semi-imputável deverá permanecer detido, para que passe por tratamento em hospital psiquiátrico.

As penas de detenção são reservadas para os delitos menos graves, ou seja, que ofendem com menor intensidade a ordem jurídica. E no caso de absolvição imprópria pela prática de crime apenado com detenção, com aplicação de medida de segurança, o inimputável ou semi-imputável poderá ter sua pena convertida em tratamento ambulatorial.

A Constituição Federal não se preocupou apenas com a aplicação pura e simples da pena, mas também com a aplicação de uma pena digna, afastando por consequência em seu art. 5º, XLVII, a aplicação das seguintes penas: 1) de caráter perpétuo; 2) de trabalho forçado; 3) de banimento; e 4) cruéis.

Prevê ainda o texto constitucional, que a pena deve ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, para que seja assegurado o respeito à integridade física e moral do recluso.

Claus Roxin entende que apesar do aumento da criminalidade, diante do estudo avançado das penas, estas têm uma tendência de se tornarem cada vez mais brandas:

Apesar do previsto aumento da criminalidade, as penas não de tornar-se mais suaves. À primeira vista, isso parece paradoxal, pois corresponde ao raciocínio do leigo reagir a uma criminalidade crescente com penas mais duras. E também surpreenderá aquele que tenha observado que, nos últimos anos, a moda político-criminal tem tendido para um enrijecimento do direito penal, e isto não só na Alemanha. Fenômenos como a criminalidade organizada, ainda não suficiente investigada nem jurídica, nem a criminologicamente, o que a faz portanto causadora de muita insegurança, e também o medo da criminalidade entre os cidadãos, aumentando pelas reportagens da mídia, tornam a exigência de penas mais duras um meio cômodo para que muitos políticos consigam votos. Ainda assim, penso que este desenvolvimento se trate de uma oscilação cíclica, a que a criminalidade sempre volta a submeter-se após certo período de tempo. A longo prazo, suponho que este desenvolvimento leve, com certa necessidade, a uma nova suavização das penas. Afinal, a mais severa de nossas atuais sanções, a pena privativa de liberdade, que dominou o cenário das penas nos países europeus desde a abolição dos castigos corporais, tem seu ápice bem atrás de si, e vai retroceder cada vez mais.<sup>21</sup>

Nesta esteira, pode-se verificar que o ordenamento jurídico nacional preocupou-se sobremaneira com a aplicação da pena, fazendo que esta não tenha apenas o caráter aflictivo, mas também retributivo, para que o condenado possa reinserir-se na sociedade da melhor forma possível.

## 2.2 A origem da pena privativa de liberdade

A origem da pena em si é contraditória e confunde-se com a própria história da humanidade. Sendo assim, analisar-se-á a evolução das penas na Idade Antiga, Média e Moderna de forma gradativa, para que se possa ter uma noção básica da evolução dos direitos e garantias da pessoa humana na aplicação da pena privativa de liberdade.

Comenta o jurista Aury Lopes Júnior que:

A história das penas aparece, numa primeira consideração, como um capítulo horrendo e infamante para a humanidade, e mais repugnante que a própria história dos delitos. Isso porque o delito constitui-se, em regra, numa violência ocasional e

<sup>21</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 17-18.

impulsiva, enquanto a pena não: trata-se de um ato violento, premeditado e meticulosamente preparado. É a violação organizada por muitos contra um.<sup>22</sup>

Os romanos foram grandes estudiosos do Direito Civil, mas não se dedicaram muito ao estudo do Direito Penal, em razão disso na Idade Antiga não houve uma grande evolução desse último instituto jurídico.

Na Idade Antiga, os gregos e os romanos praticamente desconheciam a privação da liberdade como sanção penal, tendo em vista que, nesta época, a pena privativa de liberdade era utilizada apenas como custódia, ou seja, para preservar os acusados até que fossem julgados ou tivessem a pena extinta, servindo o cárcere apenas como verdadeiros depósitos de seres humanos.

Naquela época as penas mais utilizadas eram a pena de morte, as mutilações, os açoites e as infames, sendo assim, um sistema carcerário organizado não faria muita diferença naquele período. Sendo que neste período, utilizou-se muito também da tortura, como forma de se tentar obter a verdade.

A Grécia utilizou muito a prisão como forma de reter os devedores até que cumprissem com suas obrigações.

Durante a Idade Antiga, utilizavam-se os piores lugares como prisão, tais como calabouços, ruínas, aposentos insalubres etc., sendo que na Sicília existia um poço d'água, onde os presos ficavam encarcerados, local este que ficou conhecido como "fossa dos condenados". Sendo que a primeira prisão em Roma foi construída nos tempos do Imperador Severo.

Neste sentido, leciona o jurista Cesar Roberto Bitencourt:

Grécia e Roma, pois, expoentes do mundo antigo, conheceram a prisão com finalidade eminentemente de custódia, para impedir que o culpado pudesse subtrair-se ao castigo. Pode-se afirmar que de modo algum podemos admitir nessa fase da História sequer um germe da prisão como lugar de cumprimento de pena, já que praticamente o catálogo de sanções esgotava-se com a morte, penas corporais e infamantes. A finalidade da prisão, portanto, restringia-se à custódia dos réus até a execução das condenações referidas. A prisão dos devedores tinha a mesma finalidade: garantir que os devedores cumprissem as suas obrigações.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: 2013. p. 55.

<sup>23</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 1 v. 19ª ed., São Paulo: Saraiva. 2013, p. 579.

Diante do exposto, verifica-se que este período histórico contribuiu muito pouco para o desenvolvimento do estudo da pena privativa de liberdade, ou até mesmo para o próprio Direito Penal em si.

Com a queda de Roma e de seu Império e com a conseqüente invasão da Europa pelos “bárbaros”, acaba-se a Idade Antiga, segundo a divisão tradicionalmente aceita, dando-se início a Idade Média.

Na Idade Média, época também conhecida como “tempos medievais”, a lei penal tinha a finalidade de provocar o medo coletivo na população, servindo mais como forma intimidativa do que punitiva em si. E os acusados aguardavam o julgamento encarcerados subterraneamente, situação esta que causava grande aflição na população.

Referido período ficou muito conhecido também pelo pluralismo de ordens jurídicas, conforme leciona o doutrinador Paulo Dourado de Gusmão:

Caracteriza-se a Idade Média pelo *pluralismo de ordens jurídicas*: direito romano vulgar (sul da França, Itália), direito consuetudinário (Inglaterra), direito bárbaro, direito romano vulgar (Sul da França), direito aos senhorios, direito das corporações de mercadores ou de ofícios, direito das cidades e direito canônico, vigentes muitas vezes no mesmo território. Pluralismo resultante da política jurídica adotada pelos germanos impondo o *princípio da personalidade das leis*, segundo o qual a “nacionalidade” da pessoa determina o seu estatuto jurídico: germanos, direito germânico; latinos, direito romano vulgar, e clérigos, direito da Igreja. Pluralismo agravado pelo fato de não ter unidade o direito germânico: havia tantos direitos quanto o número de tribos germânicas. Para preservá-los foram codificados sem qualquer sistema. Essas complicações, que datam do século V, a princípio tratavam do direito penal, depois do direito privado, sob a influência do direito romano vulgar. Eis as principais complicações do direito germânico: *Lex Wisigothorum*, dos godos; *Lex Borgundionum*, dos burgundos; *Lex Alamannorum*, dos alemães, e *Lex Salica*, dos francos. Pluralismo também no terreno judiciário, pois havia o tribunal dos senhorios em seus castelos, o das cidades, o da Igreja, o das corporações de mercadores, e os do próprio Rei, como última instância.<sup>24</sup>

A privação da liberdade como espécie de pena surgiu justamente durante este período, porque o encarceramento nesta época ainda tinha a finalidade principal de custódia, conforme

---

<sup>24</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado. **História e Introdução ao Estudo do Direito**. 40ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.304-305.

comentado. E as penas ainda continuaram muito violentas, tendo em vista que era muito comum a amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas e a morte.

Na Idade Média surgiram duas espécies de prisão: a Prisão de Estado e a Prisão Eclesiástica.

A Prisão de Estado tinha a finalidade de punir os inimigos do poder, ou seja, os inimigos políticos dos governantes e a Prisão Eclesiástica respondia às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao preso um sentido de penitência e meditação, tendo em vista que se enxergava à época o crime como um pecado.

Na Prisão Eclesiástica era muito comum que os infratores ficassem recolhidos em uma ala do mosteiro, para que, por meio da meditação e oração, se arrependessem do mal que tivessem cometido.

Estudos apontam que foi por iniciativa da Igreja que surgiram as prisões subterrâneas, que tornaram comum a expressão *vade in pace* (vá em paz). Estas espécies de prisão eram assim denominadas porque os réus eram despedidos com estas palavras, porque aqueles que lá entravam não saíam mais de lá com vida. Porque tratavam-se de verdadeiras masmorras, onde os presos desciam por meio de escadas ou poços onde eram dependurados com uma corda. Ressalta-se que nesta época os erros judiciários eram muito comuns.

A prisão dos mosteiros deixou legados arquitetônicos que perduram até os dias atuais e refletiram na construção dos futuros presídios na Idade Moderna. Tendo surgido daí a palavra penitenciária, que é oriunda da palavra “penitência”.

Na prisão eclesiástica era muito comum a fustigação corporal, a escuridão, o jejum, junto com o isolamento como forma de proteção do contágio moral.

Finda a Idade Média, inicia-se a Idade Moderna no século XVII, a qual teve como característica inicial a pobreza que se estendeu por toda a Europa, havendo um grande aumento da criminalidade em decorrência deste fato histórico.

A Idade Moderna foi uma época muito importante para o desenvolvimento das penas privativas de liberdade, tendo em vista que neste período passou-se a se importar mais com a correção dos apenados, do que simplesmente com a punição.

Neste período, no campo do direito constitucional, o documento jurídico mais importante que marca a Era das Revoluções: é a Constituição norte-americana (1787), por ser considerada a primeira Constituição moderna, que instituiu o presidencialismo como forma de governo e o federalismo como forma de Estado, e que exerceu, e exerce até os dias atuais, profunda influência no Brasil.

### 2.3 Os sistemas penitenciários

Estudiosos do Direito Penal não indicam uma origem certa dos sistemas penitenciários, contudo, existe um certo consenso de que estes sistemas surgiram nos Estados Unidos da América. Porém, alguns estudiosos sustentam que existiu grande inspiração religiosa na criação destes sistemas, tomando como referência os monges ou clérigos faltosos, que se recolhiam em suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e à reflexão pela falta cometida, para que pudessem se reconciliar com Deus.

Com a criação do primeiro sistema penitenciário, por consequência, surgiu a pena privativa de liberdade que até então não existia, tendo em vista que o encarceramento era utilizado apenas como forma de custódia.

Antes da criação das penas privativas de liberdade, o corpo do delinquente pagava pelo mal que ele havia praticado, sendo submetido à tortura, açoitado, crucificado, esquartejado, esfolado vivo, ou seja, era vítima de todo tipo de sevícias.

Neste sentido leciona o jurista Rogério Greco: “Podemos dizer que a pena de prisão, ou seja, a privação da liberdade como pena principal, foi um avanço na triste história das penas”.

Os sistemas penitenciários evoluíram através de três principais sistemas: 1º) Sistema Pensilvânico; 2) Sistema Auburniano; e 3) Sistema Progressivo.

O Sistema Pensilvânico também conhecido como “celular”, foi muito utilizado na Europa e tinha como característica o isolamento do agente (*solitary system* ou *solitary confinement*), e a oração, a abstinência total de bebidas alcoólicas e o trabalho forçado, serviam como forma de reflexão e de reinserção social do preso.



Nos Estados Unidos da América a primeira prisão foi construída em *Walnut Street Jail* (1776), e teve grande influência de Benjamim Franklin e Willian Bradford.

Cesare Beccaria também teve uma certa influência no Sistema Pensilvânico, bem como outros estudiosos ligados ao Direito Canônico.

Ocorre, contudo, que a superpopulação carcerária acabou levando o Sistema Pensilvânico ao fracasso, tendo em vista que as autoridades chegaram num ponto que não tinham mais onde colocar presos, em decorrência do isolamento dos mesmos. Além do mais, o isolamento severo do preso dificultava sua ressocialização.

Visando suprir falhas no referido sistema, surgiu o Sistema Auburniano, que levou este nome em decorrência da construção da prisão que foi construída no Estado Americano de *New York*, mais especificamente na cidade de *Aurbum* em 1816.

No Sistema Auburniano, os condenados reincidentes com menos chances de ressocialização ficavam sob isolamento contínuo, os menos incorrigíveis só ficavam isolados três vezes por semana e podiam trabalhar, e os menos perigosos só ficam isolados durante à noite.

O Sistema Auburniano foi muito criticado e pressionado pelos organismos sindicais, tendo em vista que explorava mão de obra com custos muito baixos, que faziam concorrência desleal com o trabalho realizado fora do presídio.

Neste sistema adotava-se o silêncio absoluto – *silent sistem*, e ficou marcado também pela aplicação de castigos crueis e excessivos, tendo em vista que eram considerados como meios adequados de correção dos condenados.

Mesmo sendo menos rigoroso do que o Sistema Pensilvânico, o Sistema Auburniano levou muitos presos à loucura e outros à morte em decorrência do método silencioso aplicado.

No decurso do século XIX a pena de morte começa a ser abandonada, juntamente com os Sistemas Pensilvânico e Auburniano, e começa a surgir o Sistema Progressivo, também conhecido como *Mark System*, que teve como precursor o Capitão Alexander Maconochie, no ano de 1840, na ilha *Norfolk* na Austrália.

Com a introdução do Sistema Progressivo teve início a distribuição do tempo de duração da pena em períodos, valorizando-se a conduta do preso com bom comportamento carcerário.

Outro aspecto importante é a reinserção gradativa do preso na sociedade antes do término da condenação através de uma reforma moral.

Esta espécie de regime significou um grande avanço no sistema penitenciário, tendo em vista que passou a valorizar a própria vontade do recluso de recuperar-se e voltar para a sociedade.

Os ingleses, colonizadores da Austrália, mandavam para a referida ilha os criminosos mais perigosos, ou seja, aqueles reincidentes.

O *Mark Sistem*, quando de sua criação passou por algumas etapas onde o recluso aos poucos passava a ter contato com o mundo exterior.

O Sistema Progressivo procura sempre estimular a liberdade fazendo que o recluso procure comportar-se de forma adequada dentro do estabelecimento prisional.

Leciona Guilherme de Souza Nucci:

O mérito do condenado é um juízo de valor incidente sobre a sua conduta carcerária passada e futura (diagnóstico e prognóstico), dando conta de que cumpriu, a contento, sem o registro de faltas graves no seu prontuário, a sua pena no regime mais rigoroso, além de estar preparado a enfrentar regime mais brando, demonstrando disciplina, senso crítico sobre si mesmo, perspectiva quanto ao seu futuro e ausência de periculosidade. O mérito não deve, jamais, ser avaliado segundo o crime praticado e o montante da pena aplicada, pois não é essa a finalidade da disposição legal. Por seu crime, o sentenciado já foi sancionado e cumpre pena, não podendo carregar, durante toda a execução, o estigma de ter cometido grave infração penal.<sup>25</sup>

O ordenamento jurídico nacional apresenta claras características de aplicação do *Mark Sistem*, conforme verificar do teor do art. 33, Código Penal:

---

<sup>25</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 382.

CP- Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

No mesmo sentido, reza o art. 112, da Lei de Execução Penal – LEP:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

Ocorre, contudo, que no sistema prisional progressivo brasileiro existem algumas falhas, principalmente no que se refere ao desrespeito aos Direitos Humanos dentro dos estabelecimentos prisionais, diante da sua falta de estrutura por ausência de investimento adequado.

Leciona Cesar Roberto Bitencourt:

A crise do regime progressivo levou a uma profunda transformação dos sistemas carcerários. Essa transformação realiza-se através de duas vertentes: por um lado a individualização penitenciária (individualização científica), e, por outro, a pretensão

de que o regime penitenciário permita uma vida em comum mais racional e humana, como, por exemplo, estimulando-se o regime aberto.<sup>26</sup>

De análise da evolução histórica dos sistemas prisionais, pode-se verificar que é muito difícil chegar a um modelo ideal de sistema, contudo, verifica-se que o sistema progressivo é o que mais se aproxima com os preceitos constitucionais previstos na Constituição Federal de 1988, tendo em vista que procura reeducar a pessoa humana que, mais cedo ou mais tarde, voltará ao convívio social.

Além do mais, a aplicação de um sistema semelhante aos sistemas pensilvânico ou auburniano atualmente no Brasil, colocaria o sistema penitenciário ainda mais em colapso.

## 2.4 Os regimes prisionais

Visando mais uma vez dar efetividade ao princípio constitucional da individualização da pena, o Código Penal brasileiro prevê 3 (três) espécies de regimes prisionais para as penas privativas de liberdade: 1) regime aberto; 2) regime semiaberto; e 3) regime fechado.

Nos termos do art. 59, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento de pena será estabelecido pelo juiz da condenação, atendendo a culpabilidade, os antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, os motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, conforme comentado no capítulo anterior.

Neste sentido, leciona Paulo José da Costa Júnior<sup>27</sup>:

Será o magistrado penal quem irá determinar, na sentença condenatória, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 59, III, c/c o art. 33, §3º). Deverá, para tanto, atentar para a culpabilidade do réu, seus antecedentes e conduta social, sua personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como para o comportamento da vítima.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 1 v. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013. p. 173.

<sup>27</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Curso de Direito Penal**. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 206.

No regime fechado o condenado cumprirá sua pena em penitenciárias, e será submetido no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução, e ficará sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. Sendo que, nesta espécie de regime prisional, o trabalho será comum dentro do estabelecimento prisional, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena, sendo possível o trabalho externo em serviços ou obras públicas.

O regime semiaberto será cumprido em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, ficando sujeito ao trabalho durante o dia, sem escolta, sendo possível ao condenado frequentar neste regime prisional, cursos supletivos e profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou até mesmo superior.

O regime aberto será cumprido em casas de albergados ou estabelecimento adequado, e terá como base a autodisciplina e o senso de responsabilidade do condenado. Sendo que nesta espécie de regime prisional, o condenado poderá trabalhar fora do estabelecimento prisional, sem vigilância, frequentar cursos ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido no período noturno.

Atualmente não se pode deixar de destacar, ainda, a possibilidade de o condenado cumprir sua pena no Regime Disciplinar Diferenciado, também conhecido com “RDD”.

O condenado poderá ser incluído no RDD, quando praticar ato que ocasione subversão à ordem ou à disciplina interna, quando apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou quando recaírem sobre ele fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Esta espécie de regime prisional possui as seguintes características: 1) duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, até o limite de 1/6 (um sexto) da pena aplicada; 2) recolhimento em cela individual; 3) visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de 2 (duas) horas; e 4) o preso terá direito à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol.

Parte da doutrina critica o Regime Disciplinar Diferenciado, tendo em vista que referido sistema viola diversos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana:

Em face do princípio constitucional da humanidade, sustentando ser inviável, no Brasil, a existência de penas cruéis, debate-se a admissibilidade do regime disciplinar diferenciado. Diante das características do mencionado regime, em especial, do isolamento imposto ao preso durante 22 horas por dias, situação que pode perdurar por até 360 dias, há argumentos no sentido de ser essa prática uma pena cruel.<sup>29</sup>

Cumprindo mais uma vez o princípio constitucional da individualização da pena, o art. 112, da Lei n. 7.210/84 – Lei de Execução Penal – LEP, possibilita que o condenado possa progredir do regime mais gravoso para o regime menos gravoso, após o cumprimento de requisitos objetivos e subjetivos:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

Da mesma forma que o condenado poderá progredir de regime prisional, a Lei de Execução Penal também prevê a possibilidade de regressão de regime prisional, caso sejam descumpridas determinações estipuladas legalmente:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime ab execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.

Neste sentido, de análise da legislação existente, pode-se verificar que o legislador adotou forma progressiva de regime prisional, levando em consideração o mérito do condenado durante o cumprimento de sua pena.

<sup>29</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1022.

### 3. PRISÃO PREVENTIVA

#### 3.1 Conceito de prisão preventiva

A prisão preventiva é de umas das modalidades de prisão cautelar, que pode ser decretada durante a investigação policial ou durante o processo antes do trânsito em julgado da sentença definitiva, nas hipóteses previstas na lei processual penal.

Essa modalidade de prisão pode ser decretada pelo juiz de ofício, a requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente de acusação, ou por representação da autoridade policial.

Quanto ao assunto em questão leciona o jurista Renato Brasileiro de Lima:

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e concorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319).<sup>30</sup>

A prisão preventiva, como nas demais prisões cautelares, era tratada de um modo geral no art. 141, § 20, da Constituição Federal de 1946, e atualmente tem previsão constitucional no art. 5º, LXI, da Constituição Federal de 1988, que reza:

CF - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

<sup>30</sup> LIMA de, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 1 v. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 1311-1312.

Em algumas situações, a prisão preventiva chegou inclusive a ser obrigatória no ordenamento jurídico nacional, contudo, com o advento da Lei n. 5.349/67, tal possibilidade foi sabiamente abolida, depois da crítica de renomados juristas, conforme comenta o jurista José Frederico Marques:

A prisão preventiva compulsória é um dos exemplos desse autoritarismo processual, que devemos à política direitista do estado novo. Transladada do processo penal italiano da era de Mussolini, essa medida de coação é de profunda iniquidade e pode dar margem à prática de irreparáveis injustiças.<sup>31</sup>

Uma das hipóteses em que a prisão preventiva era obrigatória estava prevista na antiga redação do art. 408, do Código de Processo Penal, que estabelecia que o acusado pronunciado no procedimento especial do Tribunal do Júri, necessariamente deveria ser recolhido ao cárcere:

CPP - Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronuncia-lo-á dando os motivos do seu convencimento.  
§ 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomenda-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura.

Situação que também tratava de hipótese de prisão preventiva obrigatória, era a imposição feita pela antiga redação do art. 594, do Código de Processo Penal, que estabelecia que o acusado para poder apelar de sentença condenatória deveria recolher-se a prisão:

CPP - art. 594, O réu não poderá apelar sem recolher-se á prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.

Referido dispositivo legal foi revogado, seguindo orientação da Convenção Americana de Direito Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que prevê em seu art. 8º, que todo acusado tem o direito absoluto de recorrer:

---

<sup>31</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 4 v. São Paulo: Millennium. 2007. p. 66.



CADH - Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

...

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

É muito comum os leigos confundirem o instituto jurídico da prisão-pena, com o da prisão preventiva, sendo que o primeiro tem clara finalidade de punir alguém que foi condenado através de decisão condenatória irrecorrível proferida por meio de devido processo legal e a segunda tem finalidade de custodiar, ou seja, de resguardar alguém por algum motivo previsto em lei até seu julgamento.

A prisão preventiva constitui um dos instrumentos jurídicos mais polêmicos e difíceis de serem aplicados pelas autoridades judiciárias, diante do grande conflito que é criado entre o direito fundamental à liberdade e o direito fundamental à segurança pública, no momento de sua imposição.

Como comentado, o instituto da prisão como pena é relativamente recente no ordenamento jurídico mundial, tendo em vista que na Idade Antiga as penas mais utilizadas eram as corporais e as de privação da vida.

A prisão como custódia (cautelar), na Idade Antiga e na Idade Média, eram utilizadas com mais frequência, onde réus eram armazenados em calabouços insalubres e infectos até que fossem julgados e tivessem penas capitais aplicadas.

Atualmente, uma das principais finalidades da prisão preventiva é garantir que a investigação ou o processo penal atinjam seus fins, ou seja, seu caráter é auxiliar a eficaz aplicação do Direito Penal objetivo.

De acordo com a sistemática processual em vigor, para a decretação da prisão preventiva de qualquer pessoa, o juiz não deve levar em consideração a gravidade da infração penal imputada, nem tampouco o clamor popular, mas sim se estão presentes os pressupostos legais, requisitos e hipóteses que autorizam sua decretação.

Neste sentido comentam os juristas Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

Constituindo a liberdade física do indivíduo um dos dogmas do Estado de Direito, é natural que a Constituição fixe certas regras fundamentais a respeito da prisão de qualquer natureza, pois a restrição ao direito de liberdade, em qualquer caso, é medida extraordinária, cuja adoção deve estar sempre subordinada a parâmetros de legalidade estrita.<sup>32</sup>

A privação antecipada da liberdade trata-se de medida drástica, por afastar os principais direitos fundamentais da pessoa humana positivados constitucionalmente, principalmente a honra e a dignidade humana.

Mas, em algumas situações, a decretação da prisão preventiva será necessária para a efetiva administração da justiça, ou seja, trata-se de um mal necessário, para que seja garantindo o bem maior que é a paz social, porém, sempre em caráter excepcional.

Levando em consideração um dos princípios basilares do processo penal que é a presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, pelo qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a liberdade deve ser considerada a regra e a privação da liberdade a exceção:

CF – Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;

Assim sendo, a prisão preventiva, ao lado da prisão em flagrante e da prisão temporária, caracteriza-se como sendo modalidade de prisão cautelar existente no ordenamento jurídico nacional. E, como qualquer medida processual cautelar, visa garantir a eficácia de eventual provimento jurisdicional, cuja demora possa comprometer a efetividade da aplicação do Direito Penal Objetivo ao caso concreto, mas nunca com o caráter punitivo.

Neste sentido, ensina o jurista Antônio Claudio da Costa Machado:

---

<sup>32</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 314.

Dentro da tríplice e consagrada classificação dos processos, o processo cautelar é aquele que se presta ao alcance de um provimento jurisdicional que resguarde uma situação de fato ou de direito, tal qual ela é hoje, para que outro processo, de execução ou de conhecimento, sobre tal situação, possa gerar eficientemente seus efeitos. A providência cautelar é, por isso, ato judicial que a um só tempo declara interesses (não direitos) e os satisfaz provisoriamente. É que não basta ao Judiciário, em situações de emergência, apenas declarar interesses, é preciso que estes sejam realizados concretamente para impedir que a alteração fática e jurídica provoque o completo esvaziamento e insucesso do processo principal.<sup>33</sup>

Diante do exposto, sintetizando a questão, pode-se concluir que o instituto da prisão preventiva tem caráter processual eminentemente cautelar, e que deve ser aplicado pelo menor tempo possível em casos de urgência e quando não houver a possibilidade de aplicação de qualquer outra medida coercitiva menos drástica na legislação processual penal.

### 3.2 Pressupostos da prisão preventiva

Como em qualquer medida processual cautelar, a prisão preventiva somente pode ser decretada se estiverem presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e do *periculum in mora* (perigo da demora).

O primeiro pressuposto acima mencionado consiste no *fumus comissi delicti*, que é a prova da materialidade delitativa e indícios suficientes de autoria ou de participação de fato típico, antijurídico e culpável, contudo o segundo pressuposto consiste no *periculum libertatis*, que é o perigo em abstrato que o agente oferece à sociedade ao permanecer em liberdade.

No momento da decretação da prisão preventiva, não se pode exigir prova plena ou certeza da prática do crime, tendo vista que tal afirmação segundo o ordenamento jurídico nacional somente pode ser exigido no momento da prolação da sentença pelo juízo competente.

---

<sup>33</sup> MACHADO, Antonio Claudio da Costa, **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado**. 2ª ed., São Paulo: Malone, 2008. p. 1346.

O *periculum libertatis*, que se converte nas circunstâncias autorizadoras da decretação da prisão preventiva, é representado pelos seguintes fundamentos: a) para garantia da ordem pública; b) para garantia da ordem econômica; c) para conveniência da instrução criminal; d) para garantia da futura aplicação da lei penal;

Neste sentido, segue a jurisprudência:

PRISÃO PREVENTIVA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - CARACTERIZAÇÃO – DECRETO FUNDAMENTADO NA LOCALIZAÇÃO, PELA POLÍCIA, DE INTERMEDIÁRIOS DA REMESSA DE PASSAPORTES FALSIFICADOS – NECESSIDADE DA PRESENÇA DO "*FUMUS BONI IURIS*" E DO "*PERICULUM IN MORA*" - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 312 DO CPP - O fato de ter a polícia, finalmente, conseguido localizar os intermediários de remessa de passaportes falsificados não configura motivo suficiente capaz de fundamentar decreto de prisão preventiva que, para ser válida, precisa basear-se na existência dos pressupostos (*fumus boni iuris*) e fundamentos (*periculum in mora*) previstos no artigo 312 do CPP, sob pena de configurar-se constrangimento ilegal. (TRF - 2ª Reg. - 3ª T.; HC nº 98.02.38920-0-RJ; Rel. Juíza Federal Lana Maria Fontes Regueira; j. 03.11.1998; v.u.) RT 765/720.<sup>34</sup>

PRISÃO PREVENTIVA - FALTA DE FUNDAMENTO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL – HABEAS CORPUS - PRISÃO PREVENTIVA - DECISÃO DEFUNDAMENTADA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - EXTENSÃO DOS EFEITOS - APLICABILIDADE. - 1 - Para a decretação de qualquer prisão processual, não bastam a prova do crime e os indícios de sua autoria (*fumus boni iuris*), sendo indispensável que, por meio de fatos concretos, demonstre-se a ocorrência de alguma das hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal (*periculum in mora*). Não demonstrada a ocorrência da necessidade da medida constritiva, impõe-se a concessão da liberdade provisória. 2 - Fundando-se a concessão da Ordem em motivos de caráter exclusivamente objetivo, impõe-se a sua extensão a co-réu. Inteligência do art. 580 do Código de Processo Penal. Ordem concedida. (TJGO - 1ª Câmara Criminal; HC nº 200704848320-Goiânia-GO; Rel. Des. Juraci Costa; j. 15/1/2008; v.u.)<sup>35</sup>

Da análise da jurisprudência acima mencionada, pode-se verificar que a prisão preventiva trata-se de medida de exceção, que somente deve ser imposta quando estiverem presentes os pressupostos previstos em lei, ou seja, quando estiverem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

<sup>34</sup> Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo - BAASP, 2152/136-m, de 27.03.2000.

<sup>35</sup> Idem, 2628/1682-e, de 18.5.2009.

### 3.3 Circunstâncias autorizadoras da prisão preventiva

#### 3.3.1 Garantia da ordem pública

A primeira hipótese em que a prisão preventiva pode ser decretada será quando for necessária para a “garantia da ordem pública”. A dúvida que fica é o que o legislador quis dizer com o referido termo, tendo em vista que o mesmo é extremamente vago e gera muita controvérsia na doutrina e na jurisprudência, conforme será comprovado no decorrer deste trabalho.

Mesmo sendo um termo de certa forma indeterminado, a “garantia da ordem pública” é a fundamentação que mais dá causa à decretação desta espécie de prisão cautelar.

De uma certa forma, é pacífico pela jurisprudência dos Tribunais Superiores o entendimento de que o termo “garantia da ordem pública” não significa o clamor social causado pela mídia em geral.

Alguns doutrinadores entendem que uma situação em que a prisão preventiva poderá ser decretada para a garantia da ordem pública, será aquela em que o acusado demonstrar de forma concreta que poderá voltar a cometer crimes contra a mesma vítima ou outras, caso permaneça em liberdade, ou seja, tem a principal finalidade de afastar os criminosos habituais do convívio social.

Quanto ao assunto, leciona Aury Lopes Júnior:

a) Garantia da ordem pública: por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer *senhor*, diante de uma maleabilidade conceitual, apavorante, como mostraremos no próximo item, destinado à crítica. Não sem razão, por sua vaga e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer... Nessa linha, é recorrente a definição de risco para a ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a “tranquilidade”. Alguns, fazendo a confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimamente da segregação, no sentido de que, se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 93.

Consoante jurisprudência, a garantia da ordem pública não quer dizer também que a gravidade em abstrato do crime por si só pode servir de base para a decretação desta espécie de prisão cautelar, tendo em vista que paira sobre qualquer acusado o manto constitucional da presunção de inocência, onde ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, senão veja-se:

PROCESSO PENAL - HABEAS CORPUS - PRISÃO PREVENTIVA - PERICULUM LIBERTATIS - Motivos concretos. Imprescindibilidade. Falta de fundamentação. Gravidade em abstrato do delito. Clamor público. Fuga do distrito da culpa por temor a represália da família das vítimas. Requisitos insuficientes. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida. 1 - A decretação da prisão preventiva deve, necessariamente, estar amparada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força dos arts. 5º, inciso XLI, e 93, inciso IX, da Constituição da República, o Magistrado está obrigado a apontar os elementos concretos ensejadores da medida. 2 - No ordenamento constitucional vigente, a liberdade é regra, excetuada apenas quando concretamente se comprovar, em relação ao indiciado ou réu, a existência de periculum libertatis. 3 - A gravidade do crime não pode servir como motivo extra legem para decretação da prisão provisória. 4 - Suposto clamor público, considerando que o fato ocorreu em pequena localidade, não é suficiente para a segregação cautelar para a garantia da ordem pública. 5 - Ordem concedida. (STJ - 6ª T.; HC nº 88.821-MT; Rel. Juiz convocado do TRF da 1ª Região Carlos Fernando Mathias; j. 22/11/2007; v.u.).<sup>37</sup> BAASP, 2598/4930-j, de 20.10.2008.

A revolta da população em decorrência da acusação que é feita a determinada pessoa, não se enquadra no termo “garantia da ordem pública”, e no caso concreto pode induzir o magistrado em erros irreparáveis, pois o Poder Judiciário está subordinado à lei e não à opinião da maioria, que muitas vezes é facilmente manipulável.

Esta hipótese de cabimento de decretação da prisão preventiva tem uma finalidade de prevenção geral, ou seja, trata-se de um meio de defesa social. Neste sentido, de modo inverso, a periculosidade do agente para servir de base para o eventual encarceramento cautelar.

Neste sentido, não age de forma adequada o magistrado que decreta a prisão de alguém como forma de intimidar outras pessoas através do exemplo, porque tal postura afasta o caráter instrumental da providência acautelatória processual do instituto jurídico em questão.

---

<sup>37</sup> Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo - BAASP, 2598/4930-j, de 20.10.2008.

Notório faz-se destacar também que o fato de o acusado ser privilegiado financeiramente também não pode servir de base para a decretação da prisão preventiva na hipótese em tela, sob pena de o rico ser tratado diferentemente dos demais em razão desta situação.

Existem ainda aqueles que sustentam que a prisão preventiva pode ser decretada, quando o agente comete um delito e que sua liberdade coloque à prova a credibilidade da justiça, situações esta que ousa-se discordar.

Outra situação que também discorda-se, é o argumento de que a decretação da prisão preventiva em algumas situações seria necessária para salvaguardar a própria integridade do preso, tendo em vista que o princípio constitucional da presunção de inocência se sobrepõe quanto ao argumento em questão, além do mais existem outras formas de resguardar a vida de alguém.

Neste sentido, pode-se verificar que a primeira hipótese de decretação da prisão preventiva, tem clara finalidade de prevenção social, que somente pode ser decretada caso demonstrado que a sociedade sofrerá riscos caso o investigado ou acusado permaneça em liberdade no caso concreto.

### 3.3.2 Garantia da ordem econômica

A segunda circunstância, em que a prisão preventiva poderá ser decretada, será quando for necessário para a “garantia da ordem econômica”.

Referida circunstância foi inserida no art. 312, do Código de Processo Penal, por disposição do art. 86, da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei antitruste), tendo sido mantida pela Lei n. 12.403/2011.

De acordo com a Lei antitruste, infringem a ordem econômica a eventual limitação, falsificação ou qualquer outra forma de se prejudicar a livre-concorrência ou a livre-iniciativa, ou a dominação do mercado relevante de bens e serviços, ou aumento arbitrário de lucros ou o exercício de forma abusiva de posição dominante.

Referido conceito assemelha-se muito ao conceito de garantia da ordem pública, contudo relacionado a crimes contra a ordem econômica.

Quanto ao assunto em questão, ensina o jurista Roberto Delmanto Júnior:

Apesar da criminalidade econômica, a priori e de forma aparente, não ameaçar tão diretamente o cidadão, quanto o ameaça a delinquência violenta, que lhe está mais próxima, e não nos distantes e altos escalões do Governo, ou na quase intangível órbita em que se dão as decisões daqueles que presidem enormes grupos empresariais, é de se atentar para o fato de que as consequências advindas desse tipo de criminalidade, muitas vezes, envolvem um número enorme de pessoas e são tão prejudiciais à sociedade quanto o é a criminalidade violenta.<sup>38</sup>

Os crimes contra a ordem econômica estão previstos em diversos dispositivos legais, consoante entendimento jurisprudencial:

PROCESSO PENAL - Habeas corpus. Prisão preventiva. Fraudes bancárias. Internet. Agente cuja liberdade, por si só, é insuficiente para provocar qualquer lesão à ordem econômica. Desproporcionalidade da medida. Revogação da segregação. Uma vez desarticulada sofisticada organização criminosa voltada à prática de fraudes ao sistema bancário através da rede mundial de computadores, nada mais justifica a segregação preventiva do agente com o objetivo de obstaculizar o cometimento de novos delitos e, por conseguinte, a perpetuação do malferimento à ordem econômica, sobretudo na hipótese de o investigado não possuir o conhecimento técnico-computacional necessário à retomada das ações delituosas. (TRF - 4ª Região - 8ª T.; HC nº 2006.04.00.006021-7-SC; Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz; j. 15/3/2006; v.u.).<sup>39</sup>

A prisão preventiva na situação em questão é relevante, contudo muitas vezes o confisco de patrimônio do agente surte mais efeito ainda, tendo em vista que, em organizações criminosas desta espécie, o bloqueio patrimonial rompe laços importantíssimos da organização criminosa.

Sendo assim, nestas situações será de suma importância a colaboração de organismos nacionais como a Receita Federal do Brasil e órgãos internacionais de identificação de fundos patrimoniais ilegais.

Desta forma, a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem econômica, mesmo sendo pouco utilizada, surge como tutela ao risco decorrente de condutas que, levadas

<sup>38</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2001. p. 191-192.

<sup>39</sup> Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo - BAASP, 2484/4004-j, de 14.8.2006.



a efeito pelo agente, possam afetar a tranquilidade e harmonia de atividades financeiras como um todo.

### 3.3.3 Conveniência da instrução criminal

A decretação da prisão preventiva com fundamento na “conveniência da instrução criminal”, também trata-se de hipótese muito utilizada pelo Poder Judiciário, pois visa resguardar o correto desenvolvimento do processo-crime na fase de colheita de provas.

Referido fundamento tem a finalidade de impedir que o acusado perturbe ou impeça a produção de provas durante a instrução do processo penal, através da ameaça ou suborno de testemunhas, vítimas, juízes, promotores, peritos ou até mesmo através da destruição de documentos.

Ensina Renato Marcão, que este fundamento legal tem por objetivo colocar a salvo de influências deletérias a prova:

Neste caso, a prisão do investigado ou acusado tem por objetivo colocar a salvo de suas influências deletérias a prova que deverá ser colhida na instrução do feito e avaliada quando do julgamento do processo. Visa à preservação da verdade real, ameaçada por comportamento do agente contrário a este objetivo.<sup>40</sup>

É relevante a decretação da prisão preventiva nesta hipótese em algumas situações, para que a produção de prova seja feita de forma livre, mas a jurisprudência entende que esta espécie de restrição cautelar da liberdade deve ser aplicada sempre em caráter de exceção:

HOMICÍDIO TENTADO - Liberdade provisória. Decisão que revogou a prisão em flagrante restabelecida. A ausência do acusado não é motivo hábil para comprometer a instrução criminal, não sendo motivo suficiente para a decretação da prisão provisória. A prisão cautelar como medida de conveniência da instrução deve ser interpretada sempre como exceção, aplicada somente quando sem ela a instrução não se faria ou se deturparia. Sobre a hediondez do delito não é fato impeditivo de liberdade provisória, haja vista princípios constitucionais regentes da matéria. Não estando demonstrada a necessidade concreta da alteração da decisão que revogou a prisão em flagrante dos imputados, concede-se a ordem pleiteada para restabelecer a decisão que revogou prisão em flagrante, expedindo-se alvarás de soltura clausulados em favor dos pacientes. (TJSP - 1ª Câmara Criminal; HC nº 460.349-3/9-00-Sumaré-SP; Rel. Des. Márcio Bártoli; j. 31/5/2004; v.u.).<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> MARCÃO, Renato. **Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 161.

<sup>41</sup> Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo - BAASP, 2427/3549-j, de 11.7.2005.

Além do mais, como nos demais fundamentos para a decretação da prisão preventiva, é necessário que existam elementos concretos, para que venha a ser decretada, não podendo amparar-se em meras suposições.

Não se deve confundir a possibilidade da decretação da prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal, com o direito que qualquer acusado tem de não produzir prova contra si mesmo. Sendo assim, o fato de o acusado não comparecer a seu interrogatório por si só não pode servir de motivação para a decretação da prisão preventiva, levando-se em consideração que não é obrigado a colaborar com a produção de provas em seu desfavor.

Desta forma, encerrada a instrução processual, se a prisão estiver fundamentada apenas na “conveniência da instrução criminal”, não mais subsistirá razão para que a prisão preventiva mantenha-se.

### 3.3.4 Garantia da futura aplicação da lei penal

O *caput*, do art. 312, do Código de Processo Penal estabelece como última hipótese para a decretação da prisão preventiva, a situação de quando a prisão cautelar for necessária para “assegurar a aplicação da lei penal”.

Em determinadas situações será possível a decretação da prisão preventiva do acusado para que este não fuja de suas responsabilidades perante a Justiça, e torne inócua eventual sentença condenatória.

Como nas demais hipóteses, para a decretação da prisão preventiva, é necessário que existam circunstâncias concretas de eventual risco de fuga (*periculum libertatis*), e não apenas suposições.

É muito comum acusados, ao tomarem ciência de eventual processo-crime, tentarem fugir da Comarca do distrito da culpa ou até mesmo do país, receosos de eventual sentença condenatória que poderá trazer-lhe eventual privação de sua liberdade, através da retirada repentina de passaporte e da compra de passagens aéreas ou rodoviárias.

Situação que poderá ensejar a decretação da prisão preventiva pelo fundamento em questão seria o fato de restar-se comprovado que o acusado vem tentando dilapidar seu patrimônio, no intuito de esquivar-se de suas responsabilidades penais e civis.

Quanto ao assunto em questão leciona o professor Guilherme de Souza Nucci:

A garantia de aplicação da lei penal também é limitada. Vincula-se, precipuamente, à potencial fuga do agente, evitando qualquer eficiência punitiva estatal. Não se trata de presunção de fuga, mas de colheita de dados reais, indicativos da possibilidade de saída do âmbito do controle do Estado. Somente o caso concreto poder evidenciar essa potencialidade de desaparecimento do cenário processual...<sup>42</sup>

Inclusive a nova redação do art. 320 Código de Processo Penal dada pela Lei n. 12.403 de 2011 admite a possibilidade de intimação do agente para que entregue seu passaporte no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Assim sendo, esta espécie de fundamentação é de suma relevância, mas deve sempre amparar-se em fatos concretos e reais, afastando-se eventuais presunções descabidas, para que se evite o arbítrio estatal.

### 3.4 Requisitos da prisão preventiva

Fora os dois pressupostos previstos legalmente para a decretação da prisão preventiva (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), será necessário também o preenchimento de alguns requisitos previstos legalmente.

Como primeiro requisito, estabelece o art. 313, do Código de Processo Penal, que a prisão preventiva será cabível apenas na prática de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos.

Diante do teor do referido texto legal, pode-se concluir não ser possível a decretação de prisão preventiva na hipótese de acusação de prática de crime culposos, pouco importando qual seja a pena privativa de liberdade cominada no preceito secundário do tipo penal.

---

<sup>42</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 93-94.

Neste sentido segue a jurisprudência:

HABEAS CORPUS - LEI N.º 9.503/97 - CRIME CULPOSO DE LESÃO CORPORAL PRATICADO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - CONDENAÇÃO - PRISÃO CAUTELAR - ILEGALIDADE. I - DE ACORDO COM A PREVISÃO CONTIDA NO ART. 313, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SÓ SE ADMITE PRISÃO PREVENTIVA NOS CRIMES DOLOSOS. II - ORDEM CONCEDIDA.<sup>43</sup> (TJ-DF - HC: 4231320088070000 DF 0000423-13.2008.807.0000, Relator: SANDRA DE SANTIS, Data de Julgamento: 14/02/2008, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 11/03/2008, DJ-e Pág. 99)

Agora, tratando-se de crimes punidos com pena privativa de liberdade igual ou inferior a 4 (quatro), de acordo com o teor do art. 312 do Código de Processo Penal, será possível a decretação da prisão preventiva somente nas seguintes situações:

- quando o agente seja reincidente na prática de crime doloso, salvo reabilitação;
- quando o crime envolver violência doméstica contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência;
- quando não for possível a identificação do investigado ou do acusado, por motivos diversos, principalmente quando se tratar de estrangeiros não residentes no território nacional;
- em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de medidas cautelares.

O último requisito exigido pelo art. 315, do Código de Processo Penal é que toda decisão judicial que decretar a prisão preventiva deve ser fundamentada. Previsão legal esta que é desnecessária diante do teor do art. 93, IX, da Constituição Federal, que reza:

---

<sup>43</sup> (Tribunal de Justiça do Distrito Federal HC: 4231320088070000 DF 0000423-13.2008.807.0000, Relator: SANDRA DE SANTIS, Data de Julgamento: 14/02/2008, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 11/03/2008, DJ-e Pág. 99)

CF - art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

...

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

No mesmo sentido, segue a jurisprudência:

PROCESSUAL PENAL - *Habeas Corpus*. Homicídio e lesão corporal. Sentença condenatória. Negativa do direito de apelar em liberdade. Carência de fundamentação idônea. Ordem concedida. 1 - Deve ser concedido ao réu que permaneceu solto durante quase toda a instrução criminal o direito de apelar em liberdade, salvo quando demonstrada a presença dos requisitos autorizadores da custódia cautelar (art. 312 do CPP). 2 - O simples fundamento da existência de sentença condenatória e de circunstâncias judiciais desfavoráveis, aliado à consideração acerca da hediondez do delito, é insuficiente para determinar o recolhimento do réu à prisão para apelar. 3 - Ordem concedida para garantir ao paciente o direito de apelar em liberdade, expedindo-se alvará de soltura se por outro motivo não estiver preso. (STJ - 5ª T.; HC nº 66.382-RS; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; j. 14/11/2006; v.u.).<sup>44</sup>

Diante do exposto, pode-se verificar que para a decretação da prisão preventiva, necessário faz-se a presença dos pressupostos e requisitos previstos em lei.

### 3.5 Espécies de prisão preventiva

Com a entrada em vigor da Lei 12.403/11, houve uma significativa alteração na prisão preventiva, passando-se a existir 3 (três) espécies do referido instituto: 1) prisão preventiva autônoma; 2) prisão preventiva convertida; e 3) prisão preventiva substitutiva.

Fora a ramificação da prisão preventiva em 3 (três) modalidades, esta espécie de prisão cautelar passou ainda a ter caráter subsidiário, tendo em vista que deve ser aplicada em último caso, diante da existência de medidas cautelares que a substituem, conforme art. 282, do Código de Processo Penal.

---

<sup>44</sup> Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo - BAASP, 2510/4211-j, de 12.2.2007.

### 3.5.1 Prisão preventiva autônoma

Prisão preventiva autônoma é aquela que pode ser decretada de forma isolada durante a investigação ou processo judicial.

Esta espécie de prisão preventiva está prevista no art. 311 e seguintes do Código de Processo Penal, e será aquela decretada de forma autônoma, durante o andamento do Inquérito Policial ou da Ação Penal.

Para a decretação desta espécie de prisão cautelar é necessário que estejam presentes os pressupostos, requisitos e circunstâncias previstas legalmente, que foram devidamente detalhados em capítulo anterior.

Com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, esta modalidade de prisão preventiva somente deve ser decretada em último caso, tendo em vista que o juiz sempre que possível, e adequado ao caso concreto, deve impor medidas cautelares diversas da prisão.

Esta espécie de prisão pode ser decretada por representação do Delegado de Polícia ou por requerimento do Ministério Público ou do ofendido. Sendo que entendemos que diante a inércia do Poder Judiciário e da vigência do sistema processual acusatório que vigora no ordenamento jurídico nacional, esta prisão não pode ser decretada de ofício pela autoridade judicial.

### 3.5.2 Prisão preventiva convertida

A segunda espécie de prisão preventiva é aquela que é oriunda de prisão em flagrante (pré-cautelar), que é convertida em medida cautelar através de decisão judicial.

Atualmente não existe mais a possibilidade de a prisão em flagrante perdurar até trânsito em julgado da sentença. Neste sentido, recebendo comunicação de prisão em flagrante por parte da autoridade policial, o juiz competente deverá relaxá-la imediatamente quando for o caso ou convertê-la em prisão preventiva quando estiverem presentes pressupostos, requisitos e circunstâncias legais.

No caso em questão, não se trata de uma situação de prender alguém que estava solto, mas sim da hipótese de se converter uma prisão administrativa anteriormente decretada pela autoridade policial em prisão judicial devidamente fundamentada.

Sendo assim, recebendo o auto de prisão em flagrante no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, o juiz deve analisar se ratifica a prisão flagrancial decretada pela autoridade policial transformando-a em prisão preventiva ou a relaxa imediatamente, colocando o agente em liberdade.

Entende-se que esta espécie de prisão pode ser decretada independentemente da pena privativa de liberdade cominada (CPP, art. 313), sob pena de perder sua finalidade.

### 3.5.3 Prisão preventiva substitutiva

A prisão preventiva substitutiva é aquela imposta em substituição à medida cautelar anteriormente imposta (CPP, art. 282, § 4º).

Levando em consideração que no ordenamento jurídico brasileiro a liberdade é a regra e a prisão a exceção, sempre que possível o juiz deverá substituir a decretação da prisão preventiva por medida cautelar.

Ocorre, contudo, que, caso o juiz imponha eventual medida cautelar substitutiva da prisão preventiva e o agente venha a descumprir referida medida, poderá a autoridade judiciária substituí-la pela aplicação de prisão preventiva.

Entende-se igualmente que esta espécie de prisão pode ser decretada independentemente da pena privativa de liberdade cominada (CPP, art. 313), sob pena de perder sua finalidade.

## 3.6 Duração da prisão preventiva

Diante do caráter processual cautelar da prisão preventiva, pode-se verificar de plano que esta espécie de prisão não pode ser superior ao trânsito julgado da sentença definitiva, onde a mesma será transformada em prisão-pena ou deverá ser imediatamente revogada, sob pena de caracterizar constrangimento ilegal.

Levando em consideração o princípio da duração razoável do processo, a instrução processual penal não pode exceder os prazos previstos em lei para o seu término, conforme jurisprudência dominante:

PRISÃO PREVENTIVA - LATROCÍNIO - EXCESSO DE PRAZO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - Tratando de latrocínio, a prisão preventiva, ou a manutenção da provisória pelo flagrante, se justifica como garantia da ordem pública na contenção da onda de violência que se vem alastrando de maneira incontrolável, alarmando a população e intranquilizando as famílias. Contudo, sendo o Brasil signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto nº 678, de 06.11.1992), obrigou-se, via Poder Judiciário, a julgar, dentro de um prazo razoável, toda pessoa detida preventivamente ou ser colocada em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. A jurisprudência brasileira, há muito tempo, fixou o prazo de oitenta e um dias para o encerramento dos procedimentos de réu preso provisoriamente. Prazo este que pode ser estendido, se houver uma justificativa. No caso em tela, a revogação da prisão preventiva é a medida a tomar, tendo em vista o constatado excesso de prazo sem uma justificativa razoável. Por ineficiência da Polícia e omissão da autoridade policial, chega-se a um dilatado tempo de cento e oitenta dias, sem que o processo se conclua com a decisão final. (TJRS - Câ. Criminal de Férias; HC nº 699046777; Rel. Des. Sylvio Baptista; j. 24.03.1999) RJ 263/162.<sup>45</sup>

Além do mais, no momento de decretar a prisão preventiva de qualquer acusado o juiz deve atentar-se a pena cominada para o crime questão, sob pena de prisão cautelar tornar-se mais gravosa do que a própria pena.

### **3.7 Mandado de prisão preventiva**

Como a prisão cautelar trata de instrumento que restringe diretamente direitos fundamentais da pessoa humana, a Constituição Federal e a Legislação Processual Penal estabelecem que, para que esta seja decretada, sejam cumpridas determinadas formalidades, sendo que a principal delas é o mandado de prisão.

---

<sup>45</sup> Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo - BAASP, 2152/136-m, de 27.03.2000.



O mandado de prisão é um documento escrito que corporifica a ordem judicial de prisão (CPP, art. 185), e que deve ser expedido em duplicata, sendo que o executor entregará ao preso uma das vias do documento logo após a prisão, onde passará recibo no verso.

A formalidade do mandado de prisão é garantia de que todo cidadão brasileiro tem de que não será preso arbitrariamente por qualquer autoridade, salvo nos casos de prisão em flagrante.

O Código de Processo Penal estabelece que havendo urgência o juiz competente poderá requisitar a prisão de qualquer pessoa por qualquer meio de comunicação (CPP, art. 289, parágrafo único).

Em caso de não cumprimento das formalidades legais da prisão preventiva, poderá o executor até ser responsabilizado pelo crime de abuso de autoridade, conforme teor do art. 4º, da Lei n. 4.868/65:

Lei n. 4.868/65 – Art. 4º - Constituiu também crime de abuso de autoridade:

a) ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;

Neste sentido, leciona Fernando Capez:

Ninguém será recolhido à prisão sem que seja exibido o mandado ao respectivo diretor ou carcereiro, a quem deve ser entregue cópia assinada pelo executor ou apresentada a guia pela autoridade competente. A custódia, sem a observância dessas formalidades, constitui crime de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/95), arts. 3º, *a*, e 4º, *a*). No caso de custódia em penitenciária, há necessidade de expedição de guia de recolhimento, nos termos do arts. 105 e 106 da Lei de Execução.<sup>46</sup>

Neste sentido, segue a jurisprudência:

Caracteriza-se o abuso de poder uma vez provado que a medida preventiva de liberdade individual foi ordenada ou executada sem o devido fundamento (RT 1688/357).<sup>47</sup>

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS PARA O CUMPRIMENTO DO MANDADO DE

<sup>46</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 308.

<sup>47</sup> (RT 1688/357)

PRISÃO. INEXISTÊNCIA DE FATOS CONCRETOS QUE DENOTEM A NECESSIDADE DA CONSTRIÇÃO. INSUBSISTÊNCIA DE FUNDAMENTOS PARA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CONCESSAO DO WRIT. 1. Desatendidas as formalidades legais para cumprimento de mandado de prisão preventiva através de Carta Precatória, configura-se ilegal e arbitrária a prisão. 2. A ausência dos pressupostos da medida cautelar, ex vi o art. 312 do Código de Processo Penal e a comprovação das condições pessoais favoráveis do paciente, impõem a concessão da ordem de habeas corpus. 3. Ordem concedida. PEDIDO DE EXTENSÃO DE BENEFÍCIO DENEGADO. PRESSUPOSTOS DA MEDIDA CAUTELAR CONFIGURADOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS PARA RESPONDER O PROCESSO EM LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DAS CONDIÇÕES PESSOAIS. 1. A extensão dos efeitos da decisão denegada, vez que o segundo paciente não preenche os requisitos para responder o processo em liberdade. 2. Condições pessoais que não se comunicam. 3. Ordem denegada em relação ao segundo peticionário. (TJ-PI - HC: 201000010002191 PI , Relator: Des. Valério Neto Chaves Pinto, Data de Julgamento: 16/03/2010, 1a. Câmara Especializada Criminal)<sup>48</sup>

Assim sendo, pode-se verificar que o mandado de prisão é uma segurança que todo cidadão brasileiro tem de que não será preso arbitrariamente por qualquer autoridade, transformando-se em verdadeiro instrumento de garantia de manutenção do Estado Democrático de Direito.

Estabelece o art. 283, § 2º, do Código de Processo Penal, que a prisão preventiva poderá ser decretada em qualquer hora do dia, desde que sejam respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade de domicílio, tendo em vista que de acordo com o art. 5º, XI, da Constituição Federal, ninguém nele pode penetrar sem o consentimento do morador, salvo nos casos de prisão em flagrante, desastre ou para prestar socorro. Ocorre, contudo, que havendo consentimento do morador, é possível que a prisão preventiva seja cumprida mesmo durante a noite.

Caso o proprietário de determinado imóvel proíba o cumprimento de mandado de prisão preventiva durante o dia, incorrerá nas penas do crime de favorecimento pessoal (CP, art. 348), contudo, no período da noite se tratar de fato atípico diante da presença de causa excludente da ilicitude consistente no exercício regular de direito.

Nos termos do art. 284, do Código de Processo Penal, o emprego da força somente pode ser utilizado quando indispensável, assunto este que será comentado em capítulo apartado.

---

<sup>48</sup> (TJ-PI - HC: 201000010002191 PI , Relator: Des. Valério Neto Chaves Pinto, Data de Julgamento: 16/03/2010, 1a. Câmara Especializada Criminal)

Neste sentido, pode-se verificar que o mandado de prisão trata-se de documento indispensável para o cumprimento da prisão preventiva.

Em suma, a lei é clara ao estabelecer que ninguém será recolhido à prisão, sem que seja formalmente exibido Mandado de Prisão ao diretor do estabelecimento prisional, a quem será entregue uma cópia assinada pelo executor, que passará recibo de entrega de preso com declaração de dia e hora, sob as penas da lei.

### **3.8 Prisão preventiva de caráter especial**

#### **3.8.1 Prisão preventiva domiciliar**

Estabelece a legislação processual penal que alguns investigados ou acusados podem ter a prisão preventiva convertida em prisão preventiva domiciliar.

A prisão preventiva domiciliar tem um claro caráter humanitário, levando-se em consideração que visa tutelar o bem maior que é a dignidade humana.

De acordo com o art. 318 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva, poderá ser cumprida em regime domiciliar quando o(a) acusado(a) ou investigado(a) for:

- maior de 80 (oitenta) anos.
- debilitado por motivo de doença grave.
- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência.
- gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Para se converter a prisão preventiva em prisão domiciliar em qualquer das hipóteses acima especificadas, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos da situação em que se encontra

o agente. Neste sentido, o ônus da prova quanto à situação em questão recai sobre o acusado e sua defesa.

Esta espécie de prisão tem a clara finalidade de resguardar direitos e garantias fundamentais da pessoa humana do réu, que poderá ficar exposto no sistema carcerário, principalmente na situação precária em que se encontram os estabelecimentos prisionais no Brasil.

Na primeira hipótese prevista pelo legislador procurou-se resguardar acima de tudo os direitos das pessoas idosas, que inclusive podem ter sua pena de morte decretada, devido à precariedade e superlotação do sistema penitenciário, e esta não é a finalidade da pena de acordo com as regras do Código Penal brasileiro.

Mas o ideal seria que o legislador tivesse estabelecido a idade de 60 (sessenta) anos para fins de concessão da prisão preventiva domiciliar, para que ficasse em consonância com o art. 1º da Lei n. 10.741/03 – Estatuto do Idoso, não fazendo distinção entre idosos na legislação federal pátria.

Quanto aos direitos dos idosos, veja o que expressa o *caput*, do art. 3º, da Lei 10.741/03 – Estatuto do Idoso:

Lei n. 10.741/03 - Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Nas duas últimas hipóteses o legislador não se preocupou diretamente com a pessoa do acusado, mas sim na situação daquelas pessoas que dependem deste para sobreviverem, que de uma forma ou de outra passariam a ser um problema a ser resolvido pelo próprio Poder Público.

Além do mais, a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar tutela de forma patente direitos das mulheres encarceradas, que inclusive têm previsão constitucional no art. 5º, L, do texto constitucional:

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

Na situação em questão o acusado não ficará recolhido em seu domicílio apenas no período noturno, mas sim em período integral, tendo em vista que se cuida de prisão preventiva, fazendo jus por consequência à detração penal.

Quanto ao assunto em questão comenta o doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

O substituto introduz uma novidade em matéria processual penal, consistente na prisão domiciliar, para fins cautelares. Essa modalidade de prisão somente era conhecida, em nosso sistema, em duas situações: a) não havendo local adequado para o cumprimento da prisão especial, nas hipóteses previstas pelo art. 295 do CPP, segue-se o disposto na Lei 5.256/67, instalando-se o detido em prisão domiciliar; b) em caso de condenação em regime aberto, conforme a condição pessoal do sentenciado, pode cumprir em prisão domiciliar, nos termos do art. 117 da Lei de Execução Penal.

...

O art. 318, na anterior redação, já não tinha aplicação alguma, em face do novo texto constitucional de 1988. Independente de qualquer conduta do acusado, a sentença absolutória sempre teve efeitos imediatos, não se sujeitando aos efeitos suspensivos de eventual recurso de apelação. Afinal, prevalecia o princípio constitucional da presunção de inocência.

A atual redação do art. 318 disciplina os casos admitidos para a prisão domiciliar, como *medida cautelar*, antes da condenação definitiva.<sup>49</sup>

Seguindo o estabelecido pela Lei n. 5.256/67, posiciona-se a jurisprudência:

HABEAS CORPUS - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - TRANCAMENTO DA AÇÃO - ILEGITIMIDADE ATIVA - INVIABILIDADE -SEGREGAÇÃO CAUTELAR - PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA MEDIDA - PRISÃO DOMICILIAR - IDOSO - SAÚDE DEBILITADA - PRESENTES OS REQUISITOS - CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. I. A ILEGITIMIDADE ATIVA PARA A PERSECUÇÃO PENAL E EVENTUAIS VÍCIOS EM RELAÇÃO AO ADITAMENTO DA DENÚNCIA SÃO QUESTÕES QUE EXIGEM EXAME APROFUNDADO DA PROVA, INVIÁVEL NA VIA ESTREITA DO WRIT. NECESSÁRIA A JUNTADA DE CÓPIA INTEGRAL DOS AUTOS PARA ANÁLISE. II. A PRISÃO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL PODE SER SUBSTITUÍDA PELA DOMICILIAR QUANDO DEMONSTRADA A DEBILIDADE DE SAÚDE, ALIADA À IDADE AVANÇADA DO PACIENTE. III. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.<sup>50</sup>  
(TJ-DF - HC: 68638820098070000 DF 0006863-88.2009.807.0000, Relator:

<sup>49</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 74.

<sup>50</sup> (TJ-DF - HC: 68638820098070000 DF 0006863-88.2009.807.0000, Relator: SANDRA DE SANTIS, Data de Julgamento: 22/06/2009, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 27/07/2009, DJ-e Pág. 196)

SANDRA DE SANTIS, Data de Julgamento: 22/06/2009, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 27/07/2009, DJ-e Pág. 196)

De análise do instituto em questão, pode-se verificar que este tem claro cunho humanitário, tendo em vista que objetiva preservar a dignidade da pessoa humana do preso ou das pessoas que deste dependam até o trânsito em julgada da sentença.

Muitas vezes o Estado, representado pelo Poder Judiciário, deve verificar se privar alguém de sua liberdade antecipadamente, não criaria um problema maior ainda para a sociedade, que ficaria com a responsabilidade de resolver outros problemas sociais decorrentes de tal medida.

### 3.8.2 Da prisão especial

Estabelece o art. 295, do Código de Processo Penal, que algumas pessoas sujeitas à prisão preventiva ou qualquer outra prisão cautelar, devem ser recolhidas presas em estabelecimentos prisionais distintos do comum.

A mesma legislação estabelece que não havendo cela especial, o preso especial poderá ser incluído em estabelecimento prisional comum, mas em cela distinta da comum, que inclusive pode ser coletiva.

As pessoas que têm direito a cela especial são: 1) os ministros de Estado; 2) os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia; 3) os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembleias Legislativas dos Estados; 4) os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito"; 5) os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; 6) os magistrados; 7) os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República; 8) os ministros de confissão religiosa; 9) os ministros do Tribunal de Contas; 10) os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função; 11) os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos (CPP, art. 295).

Esta garantia prevista pela legislação processual penal visa separar dos demais presos estas pessoas que em sua grande maioria são públicas e tem contato direto ou indireto com a atividade policial ou com o Poder Judiciário.

O que poucos sabem é que esta prerrogativa apenas perdura até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tendo em vista que após a decisão condenatória definitiva, o condenado deverá ser incluído no sistema carcerário comum.

Assim sendo, se o condenado responder todo o processo-crime em liberdade e for eventualmente condenado a cumprir pena privativa de liberdade, quando ingressar no sistema penitenciário para cumprir sua pena, não terá direito a cela especial.

Quanto ao assunto em questão, segue a jurisprudência Superior Tribunal de Justiça – STJ:

PENAL - PROCESSUAL - TÓXICOS - PRISÃO ESPECIAL - "HABEAS-CORPUS" - RECURSO - I - Não havendo cela especial na Cadeia Pública nem alojamento condigno no quartel em que for recolhido o preso com direito à prisão especial, poderá o juiz determinar que ele fique na Cadeia Pública em cela separada, isolado dos demais detentos. II - A prisão domiciliar só pode ocorrer nas hipóteses admitidas pela Lei de Execuções Penais, artigo 117. III – Recurso conhecido, mas improvido. (STJ - 5ª T.; Rec. de HC nº 2.098-6-MG; rel. Min. Edson Vidigal; j. 02.09.1992; v.u.; DJU, Seção I, 05.10.1992, p. 17.112, ementa).<sup>51</sup>

Neste sentido, pode-se verificar que o direito à cela especial tem a finalidade de garantir segurança especial para que alguns presos provisórios não sofram represálias em decorrência da função ou do cargo que exerciam antes de serem recolhidos ao cárcere.

### 2.8.3 Da prisão preventiva em sala de Estado-Maior

Advogados, juízes e promotores, quando tiverem prisão cautelar decretada, devem permanecer recolhidos em Sala de Estado Maior.

Estabelece o art. 33, da Lei Complementar n. 35/79 – Lei Orgânica da Magistratura que:

<sup>51</sup> Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo - BAASP, 1778/32-e, de 20.01.1993.

LC n. 35/79 - Art. 33 - São prerrogativas do magistrado:

...

III - ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final;

No mesmo sentido, estabelece o art. 40, da Lei n. 8.625/93 - Orgânica do Ministério Público:

Lei n. 8.625/93 - Art. 40. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica:

...

V - ser custodiado ou recolhido à prisão domiciliar ou à sala especial de Estado Maior, por ordem e à disposição do Tribunal competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final;

Estabelece ainda o art. 7º, V, da Lei n. 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil que:

Lei 8.906/94 - Art. 7º São direitos do advogado:

...

V - não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar;

Mas a grande celeuma não é o direito de permanecer preso em Sala de Estado-Maior, mas sim a ausência de prisões deste modelo no Brasil.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil estabelece que na ausência de Sala de Estado-Maior, a prisão processual deve ser convertida em prisão domiciliar, situação esta que vem realmente ocorrendo conforme entendimento jurisprudencial dominante:

HABEAS CORPUS - ADVOGADO - PRISÃO PROVISÓRIA - SALA DE ESTADO-MAIOR - PRERROGATIVA DE CLASSE - RECOLHIMENTO EM DISTRITO POLICIAL - CELA QUE NÃO ATENDE A REQUISITOS LEGAIS - SITUAÇÃO DEMONSTRADA POR DOCUMENTOS E RECONHECIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM OUTRO PROCESSO - DILAÇÃO PROBATÓRIA - DESNECESSIDADE - PRISÃO DOMICILIAR DEFERIDA - 1 -



Habeas corpus impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, em reclamação, rejeitou o argumento de inobservância da ordem deferida no HC nº 15.873-STJ em favor do paciente, advogado, a fim de que fosse transferido para local condizente com as prerrogativas legais da classe. Alegação de simples deslocamento de um distrito policial para outro, mantidas as condições incompatíveis com a prisão especial garantida por lei. 2 - Bacharel em Direito, regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Lei nº 8.906/94, art. 7º, inciso V. Recolhimento em sala de Estado-Maior, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Direito público subjetivo, decorrente de prerrogativa profissional, que não admite negativa do Estado, sob pena de deferimento de prisão domiciliar. 3 - Incompatibilidade do estabelecimento prisional em que recolhido o paciente, demonstrada documentalmente pela Ordem dos Advogados do Brasil-SP e reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça no HC nº 16.056. Necessidade de dilação probatória para o deferimento do "writ". Alegação improcedente. Ordem deferida para assegurar ao paciente seu recolhimento em prisão domiciliar. (STF - 2ª T.; HC nº 81.632-1-SP; Rel. Min. Carlos Velloso; j. 20/8/2002; maioria de votos.) Nota: A íntegra deste acórdão encontra-se disponível, para cópia, na Biblioteca e no site do STF, [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).<sup>52</sup>

HABEAS CORPUS - ADVOGADO - PRISÃO PROVISÓRIA - SALA DE ESTADO-MAIOR - PRERROGATIVA DE CLASSE - RECOLHIMENTO EM DISTRITO POLICIAL - CELA QUE NÃO ATENDE A REQUISITOS LEGAIS - SITUAÇÃO DEMONSTRADA POR DOCUMENTOS E RECONHECIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM OUTRO PROCESSO - DILAÇÃO PROBATÓRIA - DESNECESSIDADE - PRISÃO DOMICILIAR DEFERIDA. - 1 - Habeas corpus impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, em reclamação, rejeitou o argumento de inobservância da ordem deferida no HC nº 15.873-STJ em favor do paciente, advogado, a fim de que fosse transferido para local condizente com as prerrogativas legais da classe. Alegação de simples deslocamento de um distrito policial para outro, mantidas as condições incompatíveis com a prisão especial garantida por lei. 2 - Bacharel em direito, regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Lei nº 8.906/94, art. 7º, inciso V. Recolhimento em sala de Estado-Maior, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Direito público subjetivo, decorrente de prerrogativa profissional, que não admite negativa do Estado, sob pena de deferimento de prisão domiciliar. 3 - Incompatibilidade do estabelecimento prisional em que recolhido o paciente, demonstrada documentalmente pela Ordem dos Advogados do Brasil-SP e reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça no HC nº 16.056. Necessidade de dilação probatória para o deferimento do writ. Alegação improcedente. Ordem deferida para assegurar ao paciente seu recolhimento em prisão domiciliar. (STF - 2ª T.; HC nº 81.632-1-SP; Rel. Min. Maurício Corrêa; j. 20/8/2002; m.v.) RTJ 184/640 e site [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)<sup>53</sup>

Neste sentido, pode-se verificar que esta espécie de prisão tem a finalidade de resguardar, com uma certa, cautela aqueles profissionais que tinham contato direto com o Poder Judiciário, acusando, defendendo ou julgando.

### **3.9 Medidas cautelares substitutivas da prisão preventiva**

<sup>52</sup> Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo - BAASP, 2314/701-e, de 12.5.2003.

<sup>53</sup> Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo - BAASP, 2486/441-m, de 28.8.2006.

Visando impedir o contato do acusado com o sistema penitenciário e tentando diminuir a superpopulação carcerária, a Lei n. 12.403/2011, criou algumas medidas cautelares substitutivas da prisão preventiva, que devem ser aplicadas pelo Poder Judiciário, quando possível.

Além do mais, em regra, a prisão de alguém antes do trânsito em julgado da sentença condenatória trata-se de uma contradição jurídica, tendo em vista que priva o acusado de seu direito constitucional fundamental de ir e vir, antes que tenha sido julgado através de um devido processo legal.

Desta forma, a prisão preventiva passou a ter caráter subsidiário perante às medidas cautelares, devendo ocorrer a prisão antecipada do acusado somente quando não for cabível a aplicação de umas das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, ou outras previstas na legislação processual especial.

Estabelece o art. 282 do Código de Processo Penal que as medidas cautelares devem ser aplicadas quando for necessário para: 1) a aplicação da lei penal; 2) a investigação criminal; 3) a instrução criminal; e 4) para evitar a prática de novas infrações penais.

As medidas cautelares podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, levando-se em consideração a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. As referidas medidas podem ser decretadas de ofício pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou por representação da autoridade policial.

Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária para que exerça seu direito constitucional a ampla defesa e ao contraditório.

Dispõe o art. 282, § 4º do Código de Processo Penal que, no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida cautelar, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (CPP, art. 312, parágrafo único).

O parágrafo 5º do mesmo diploma legal, dispõe que o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista sua manutenção, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

A criação de medidas cautelares substitutivas da prisão preventiva era uma exigência que vinha sendo feita pela doutrina contemporânea, conforme ensinamentos de Fabio Machado de Almeida Delmanto:

Portanto, pressuposto lógico das medidas substitutivas ou alternativas é que elas possam cumprir, com a mesma eficácia, o papel que a prisão desempenhava no processo, com a vantagem de não se enviar ou manter o acusado no cárcere. Em outras palavras, elas devem ser adequadas a afastar o perigo que ensejou a decretação da prisão ou que está a ensejá-la.<sup>54</sup>

Nesta esteira, o legislador foi claro ao estabelecer no parágrafo 6º do art. 282 do Código de Processo Penal, que a prisão preventiva será determinada quando não for cabível sua substituição outra por medida cautelar. O Código de Processo Penal estabelece nos incisos de seu art. 319 que as medidas cautelares consistem em:

### 3.9.1 Comparecimento periódico em juízo (inciso I)

A primeira medida cautelar prevista pelo Código de Processo Penal em seu art. 319 é o comparecimento periódico em juízo do acusado, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz da causa, para informar e justificar suas atividades.

A medida cautelar em questão é de suma importância, tendo em vista que, muitas vezes, diante do baixo grau de instrução da maioria dos acusados, muitos pensam que, pelo simples fato de estarem em liberdade durante o processo, não têm mais responsabilidade para com a justiça.

---

<sup>54</sup> DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 293.

Assim sendo, tendo que comparecer periodicamente em juízo, o acusado não se afasta dos olhos da justiça e, ao mesmo tempo, cria-se um senso de responsabilidade do acontecido.

### 3.9.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (inciso II)

Pode o juiz criminal em sede de medida cautelar, proibir que o agente tenha acesso ou frequência a determinados lugares quando por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para se evitar o risco de novas infrações.

### 3.9.3 Proibição de contato com pessoa determinada (inciso III)

Pode o juiz criminal proibir que o agente mantenha contato com pessoa determinada, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva esta dela permanecer distante, preservando-se principalmente a integridade física das pessoas envolvidas com o fato.

### 3.9.4 Proibição de ausentar-se da Comarca (inciso IV)

Quando o juiz entender que seja conveniente ou necessário para a instrução criminal ou para a investigação, poderá proibir que o agente se ausente da Comarca, comunicando às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o mesmo para entregar o passaporte no prazo de 24h.

### 3.9.5 Recolhimento domiciliar no período noturno (inciso V)

Quando o agente tenha residência e trabalho fixo, pode o juiz determinar em sede de medida cautelar, que o agente permaneça recolhido no período noturno e nos dias de folga.

#### 3.9.6 Suspensão do exercício de função ou atividade (inciso VI)

Quando houver justo receio de que o investigado/acusado possa utilizar-se de sua função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira para praticar novas infrações penais, pode o juiz suspendê-las até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

#### 3.9.7 Internação provisória (inciso VII)

Visando suprir uma lacuna legislativa e grave embate jurisprudencial, atualmente existe a possibilidade de internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser o mesmo inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração da prática criminosa.

Referida medida cautelar visa incluir agentes com condição psiquiátrica diferenciada, em estabelecimentos prisionais adequados, tendo em vista que muitas vezes a colocação destes no sistema penitenciário comum poder gerar problemas de adaptação dos mesmos com os demais detentos.

#### 3.9.8 Fiança (inciso VIII)

Fiança é a garantia oferecida pelo agente à autoridade policial ou judicial, conforme o caso, por meio de depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida

pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar, a fim de que se assegure que comparecerá a todos os atos do processo sempre que for intimado.

Nos delitos cuja pena privativa de liberdade máxima não ultrapasse 4 (quatro) anos a fiança pode ser arbitrada pelo próprio Delegado de Polícia, e nos crimes cuja pena privativa de liberdade máxima seja superior a 4 (quatro) anos a fiança somente pode ser arbitrada pelo juiz de direito.

O valor da fiança será fixado pela autoridade entre o mínimo de 1 (um) e o máximo de 100 (cem) salários mínimos, nas infrações cuja pena privativa de liberdade cominada no grau máximo seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, e entre o mínimo de 10 (dez) e o máximo de 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada seja superior a 4 (quatro) anos.

Se entender que é o caso ainda, a autoridade pode dispensar a fiança, reduzir seu valor até o máximo de 2/3 (dois terços) ou aumentar seu valor em até 1000 (mil) vezes, levando em consideração à natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida progressiva do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até o final do julgamento.

Em todos os juízos criminais e delegacias de polícia, haverá um livro especial, com termo de abertura e de encerramento, numerado e rubricado em todas as suas folhas pela autoridade, destinado especialmente aos termos da fiança. Sendo que este termo será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade e por quem prestar a fiança, e dele extrair-se-á certidão para se juntar aos autos.

A fiança, que será sempre definitiva e consistirá conforme narrado em depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar, que devem ser avaliados por perito nomeado pela autoridade.

Nos lugares em que o depósito não puder ser feito de pronto, o valor será entregue ao escrivão ou pessoa abonada, a critério da autoridade, e dentro de 3 (três) dias dar-se-á ao valor o destino que prevê a lei, o que tudo constará do termo de fiança.

Se o agente quando intimado para qualquer ato do processo deixar de comparecer sem motivo justificável, praticar ato de obstrução ao andamento do processo, descumprir medida cautelar imposta, resistir injustificadamente a ordem judicial ou praticar nova infração penal dolosa, terá sua fiança considerada quebrada perdendo ½ (metade) de seu valor para o fundo penitenciário nacional, e ainda pode ter sua prisão preventiva decretada a critério do juiz.

Transitado em julgado a sentença e havendo absolvição do agente, a fiança será devolvida ao mesmo ao integralmente, com atualização se tiver sido feita em dinheiro, contudo, se houver condenação, descontar-se-á o valor das custas processuais, prestação pecuniária, multa, indenização pelo dano causado à vítima, mesmo que tenha ocorrido a prescrição.

### 3.9.9 Monitoramento eletrônico (inciso IX)

Visando também diminuir a população carcerária, e o custo com a manutenção de detentos, atualmente é possível a substituição da prisão preventiva pelo monitoramento eletrônico.

Com o referido sistema, acusados podem ter a prisão preventiva substituída por tornozeleiras eletrônicas, evitando-se, em algumas situações, o desnecessário contato com o cárcere.

Referido instituto, que não é o tema central de nosso trabalho, é melhor regulamentado pela Lei n. 7.210/84 – Lei de Execução Penal – LEP, em seus arts. 146-A e seguintes e pelo Decreto 7.627, de 24 de novembro de 2011.

### **3.10 Revogação da prisão preventiva**

Desaparecendo os pressupostos ou os requisitos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, esta modalidade prisão deve ser imediatamente revogada pela autoridade que a decretou, sob pena de passar a caracterizar abuso de autoridade, passível de punição conforme teor da Lei n. 4.898/65.

Da mesma forma que pode ser revogada, a prisão preventiva pode voltar a ser decretada a qualquer momento pela autoridade judicial competente, sempre que sobrevierem novas razões que a justifiquem.

Quanto à possibilidade de revogação da prisão preventiva, veja o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP:

RHC - PEDIDO DE REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA - Réu que tem endereço certo e atividade lícita comprovada; que não registra antecedentes criminais; e que compareceu espontaneamente à instrução criminal. Revogação da prisão preventiva, em face dos elementos colhidos, sem prejuízo de que outro se profira, se verificados os pressupostos de decretação. (STF - 1ª T.; RHC nº 66.990-5-RJ; rel. Min. Oscar Corrêa; j. 29.11.1988; v.u.; DJU, 10.02.1989, p. 383, ementa.)<sup>55</sup>

PRISÃO PREVENTIVA – REVOGAÇÃO - Cautelar fundada apenas na natureza hedionda do tráfico de entorpecentes, baseado na quantidade da droga. Ausência de qualquer outro indício de tráfico. Requisitos da medida cautelar não demonstrados. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida. (TJSP - 5ª Câmara Criminal; HC nº 276.442-3-Ribeirão Pires; Rel. Des. Dante Busana; j. 25.02.1999; v.u.) JTJ 219/325.<sup>56</sup>

Analisando-se a jurisprudência acima mencionada, pode-se verificar que a prisão preventiva tem claro caráter cautelar, devendo ser modificada a qualquer tempo quando desaparecerem ou sobrevierem os requisitos legais previstos no Código de Processo Penal.

---

<sup>55</sup> Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo - BAASP, 1578/67, de 22.03.1989.

<sup>56</sup> Idem, 2152/135-m, de 27.03.2000.



## **4. DOS DIREITOS DO PRESO PROVISÓRIO**

### **4.1 Direitos do preso provisório e a LEP**

De acordo com a Lei n. 7.210/84 – Lei de Execução Penal – LEP, aplica-se ao preso provisório, no que couber os direitos garantidos ao preso que estiver cumprindo prisão pena.

O rol de direitos dos prisioneiros está especificado no art. 41, do mesmo diploma legal, sendo eles:

- Alimentação suficiente e vestuário;
- Atribuição de trabalho e sua remuneração;
- Previdência social;
- Constituição de pecúlio;
- Proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- Exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- Assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- Proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- Entrevista pessoal e reservada com advogado;
- Visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- Chamamento nominal;
- Igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

- Audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- Representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
- Contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometem a moral e os bons costumes;
- Atestado de pena a cumprir, emitido atualmente, sob pena de responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Quanto aos direitos do preso, comenta o jurista Luiz Regis Prado:

De primeiro, cumpre destacar que o preso, durante o cumprimento da pena, conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas autoridades o respeito a sua integridade física e moral (art. 38, CP). Também a Lei de Execução Penal preceitua com clareza que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei” (art. 3º). Com efeito, o próprio texto constitucional em vigor determina ser assegurado aos presos “o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLIX), já que é expressamente previsto que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III, CF).<sup>57</sup>

Referidos direitos são de suma importância para os presos provisórios, tendo em vista a situação de vulnerabilidade em que se encontram até que sejam julgados. O Estado deve fazer o possível para que sejam evitadas sequelas desnecessárias em caso de eventual decreto absolutório.

Não se trata de rol taxativo de direitos que pode inclusive vir a ser alargado por legislação local (Estadual), como ocorre em diversos Estados.

Referidos direitos dos presos previstos na Lei n. 7.210/84, vem cumprir os parâmetros previstos pela “Regras mínimas para tratamento de prisioneiros”, adotada pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do crime e tratamento de delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovada pelo Conselho Econômico e Social da ONU, através da resolução n. 663 C I (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela resolução n. 1984/47.

---

<sup>57</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 660-661.

## 4.2 Da detração penal

Detração penal é o desconto na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, do período que o acusado ficou preso ou internado provisoriamente.

Quanto à detração penal, leciona Cezar Roberto Bitencourt que:

Através da detração penal permite-se descontar, na pena ou na medida de segurança, o tempo de prisão ou de internação que o condenado cumpriu antes da condenação.

Levando em consideração o caráter aflitivo e punitivo das prisões cautelares, a legislação penal pátria estabelece que o tempo que o acusado passar submetido à prisão cautelar deve ser descontado da condenação definitiva.

Tal postura legislativa visa compensar o período que o acusado permaneceu preso enquanto aguardava seu julgamento.

O instituto da detração penal é previsto no art. 42, do Código Penal, que reza:

CP – Art. 42 – Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer estabelecimento referidos no artigo anterior.

Fora a previsão no Código Penal, a detração penal ainda é prevista no art. 111, da Lei de Execução Penal, que reza:

LEP - Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Questiona-se na doutrina se apenas a prisão preventiva seria passível de detração penal, ou se todas as espécies de prisão processual podem ser detraídas.

Alguns especialistas como Luiz Regis Prado, entendem que todas as espécies de prisão processual são passíveis do referido desconto:

É preciso esclarecer, por oportuno, que a prisão provisória mencionada pela lei é prisão processual, ou seja, a prisão que pode ocorrer previamente à sentença condenatória irrecorrível. Esse termo – "prisão provisória" – deve ser interpretado de modo amplo, abarcando todas as medidas cautelares de restrição da liberdade. Engloba, pois, a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva e também a prisão decorrente de sentença de pronúncia e de decisão condenatória recorrível.

Com a entrada em vigor da Lei n. 12.736, de 30 de novembro de 2012, atualmente o desconto do prazo cumprido a título de prisão provisória deve ser feito pelo próprio juízo da condenação, situação esta que acelera ainda mais a adequação do preso no regime prisional previsto pela legislação:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

...

§ 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

Antes da entrada em vigor da referida lei, a adequação do regime prisional era feita apenas pelo Juízo da Execução, situação esta que por vezes demorava muito, tendo em vista que o processo de execução nem sempre era transferido com celeridade para a Comarca onde o acusado encontrava-se recolhido. Isto porque, de acordo com a Lei de Execução Penal, o Juízo responsável pelo processo de execução penal, é aquele da Comarca onde o reeducando encontra-se recolhido (LEP, art. 65).

Referida alteração legislativa não se trata de criação de um benefício, mas sim de viabilização de um direito.

De acordo com o art. 102, da Lei de Execução Penal, os presos provisórios devem ficar recolhidos em cadeias públicas, estabelecimentos estes que têm a finalidade de custodiar os acusados que aguardam julgamento, justamente para que fiquem separados dos condenados.

Ocorre, contudo, que estes estabelecimentos não são adequados para que os presos permaneçam longos períodos, tendo em vista que não possuem a mesma estrutura de uma penitenciária.

De análise dos textos legais acima mencionados, pode-se verificar que o legislador cada vez mais vem se preocupando com os efeitos das prisões cautelares, que muitas vezes deixam sequelas irreparáveis no preso, principalmente nos casos de posterior absolvição.

Neste sentido, segue a jurisprudência:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. USO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONDENAÇÃO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA. PRETENSÃO DE QUE CADA HORA DE PRISÃO SEJA COMPUTADA COMO HORA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. TÉCNICA QUE ENSEJA IMPUNIDADE. COMPENSAÇÃO DE CADA DIA QUE O SENTENCIADO PERMANECEU CUSTODIADO PROVISORIAMENTE COM CADA DIA DE CONDENAÇÃO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA. INTERPRETAÇÃO ADEQUADA DOS ARTS. 42 DO CP E 111 DA LEP. 1. A detração penal está prevista, expressamente, para a pena privativa de liberdade e para a medida de segurança apenas (arts. 42 do CP e 111 da Lei n. 7.210/1984). Isso não significa que o instituto não possa ser aplicado às penas alternativas, uma vez que substituem a reprimenda privativa de liberdade pelo mesmo lapso de sua duração. 2. A aplicação do instituto da detração, no entanto, na forma como pretende a impetração, esbarra no princípio da proporcionalidade, pois a transformação em horas do tempo em que o paciente ficou provisoriamente preso, para fins de detração do tempo de prestação de serviços à comunidade a ser adimplido, enseja o cumprimento integral da pena imposta, mesmo que o acusado tenha permanecido custodiado apenas pelo lapso de 1 mês e 14 dias. 3. Mostra-se adequada e proporcional a detração penal em que se desconta o período em que o paciente permaneceu custodiado cautelarmente na proporção de 1 dia de prisão provisória para 1 dia de condenação à pena privativa de liberdade substituída. 4. Ordem denegada.<sup>58</sup> (STJ / HC 202618 / RS / HABEAS CORPUS / 2011/0074968-6 / Relator(a) Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (1148) / Órgão Julgador / T6 – SEXTA TURMA / Data do Julgamento / 19/06/2012 / Data da Publicação / Fonte DJe 01/08/2012).

Mas a grande controvérsia que existe não é quanto à aplicação do instituto da detração penal, mas sim na aplicação deste quando o acusado estiver preso em razão de outro processo.

A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, não admite a teoria da “contagorrente”, dando a possibilidade apenas de o acusado utilizar o prazo que permaneceu preso

---

<sup>58</sup> (STJ / HC 202618 / RS / HABEAS CORPUS / 2011/0074968-6 / Relator(a) Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (1148) / Órgão Julgador / T6 – SEXTA TURMA / Data do Julgamento / 19/06/2012 / Data da Publicação / Fonte DJe 01/08/2012).

provisoriamente em outro processo no cômputo de sua pena, quando se tratar de delito praticado anteriormente à sua segregação, sob pena criar-se indevidamente um crédito penitenciário.

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO RELATIVA A CRIMES PERPETRADOS EM DATA POSTERIOR AO FATO QUE ENSEJOU A PRISÃO PROCESSUAL. INCIDÊNCIA DA DETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DO PRINCÍPIO DA "CONTA-CORRENTE". ORDEM DENEGADA. 1. Admite-se a detração em relação a fato diverso daquele que deu azo à prisão processual; contudo, somente em relação a delitos anteriores à segregação provisória, sob risco de se criar uma espécie de crédito contra a Justiça Criminal. Precedentes desta Corte. 2. Ordem denegada. (STJ / Processo HC 177321 / RS HABEAS CORPUS 2010/0116734-8 / Relator(a) Ministro MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131) / Órgão Julgador / T6 – Sexta Turma / Data do Julgamento 28/02/2012 / Data da Publicação/Fonte DJe 12/03/2012).

Neste sentido, pode-se concluir que a detração penal é um direito de qualquer condenado, por tratar-se de medida justa de adequação do tempo da prisão provisória efetivamente cumprido com o tempo de pena definitiva.

### 4.3 A utilização de algemas

Mesmo o acusado tendo garantido o direito fundamental à presunção de inocência e diversos outros direitos e garantias fundamentais, é corriqueira a utilização abusiva de algemas durante o cumprimento de prisão preventiva.

A palavra algema tem origem no idioma arábico *al-djamia*, cujo significado é pulseira.

Na língua portuguesa, de acordo com o dicionário Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, a palavra algema significa: “Instrumento de ferro com que se prendem os braços pelos pulsos.”

Estudos apontam que a utilização das algemas no Brasil era regulamentada inicialmente pela legislação portuguesa (Ordenações Filipinas, Afonsinas e Manuelinas), diante da ausência de legislação processual penal pátria na época.

A Lei de 29 de novembro de 1832, que promulgou o Código do Processo Criminal de primeira instância, não regulamentou de forma direta a utilização de algemas, mas estabelecia em seu art. 180, que: “Se o réo não obedece e procura evadir-se, o executor tem direito de empregar o grão da força necessária para effectuar a prisão; se obedece porém, o uso da força é proibido.”

Atualmente, as Regras Mínimas para Tratamento dos Prisioneiros da Organização das Nações Unidas – ONU, em sua regra n. 33 estabelece que as algemas não podem ser utilizadas como forma de punição, nem como forma de coação desnecessária:

A sujeição a instrumentos tais como algemas, correntes, ferros e coletes de força nunca deve ser aplicada como punição. Correntes e ferros também não serão usados como instrumentos de coação. Quaisquer outros instrumentos de coação não serão usados, exceto nas seguintes circunstâncias: a. Como precaução contra fuga durante uma transferência, desde que sejam retirados quando o preso comparecer perante uma autoridade judicial ou administrativa; b. Por razões médicas e sob a supervisão do médico; c. Por ordem do diretor, se outros métodos de controle falharem, a fim de evitar que o preso se moleste a si mesmo, a outros ou cause estragos materiais; nestas circunstâncias, o diretor consultará imediatamente o médico e informará à autoridade administrativa superior.

A Resolução n. 14, de 11 de novembro de 1994 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP, que estabelece as Regras Mínimas para Tratamento dos Presos no Brasil, determina também que as algemas somente podem ser utilizadas excepcionalmente:

RCNPCP - Art. 29. Os meios de coerção, tais como algemas, e camisas-de-força, só poderão ser utilizados nos seguintes casos:

I – como medida de precaução contra fuga, durante o deslocamento do preso, devendo ser retirados quando do comparecimento em audiência perante autoridade judiciária ou administrativa;

II – por motivo de saúde, segundo recomendação médica;

III – em circunstâncias excepcionais, quando for indispensável utilizá-los

Em razão de perigo eminente para a vida do preso, de servidor, ou de terceiros.

A Lei de Execução Penal – LEP – Lei n. 7.210/84, em seu art. 199, estabelece que: “O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal.”. Ocorre, contudo, que até o presente momento o uso de algemas no Brasil não foi regulamentado por decreto federal ou

muito menos por lei federal, como deveria ser o adequado atualmente, diante do teor do art. 22, I, da Constituição Federal, que reza:

CF - Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

Nosso atual Código de Processo Penal é o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, e referido diploma legal não regula diretamente o uso de algema no território nacional, mas sim apenas faz referência ao uso da força, estabelecendo que a mesma somente será utilizada nos casos de eventual resistência ou tentativa de fuga do preso, senão veja-se:

CPP, Art. 284. Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.

Diante da inércia do Poder Legislativo Federal em regulamentar a utilização de algemas no território nacional, durante muitos anos as autoridades amparam-se de outras normas, como forma de suprir referida lacuna legislativa.

Uma norma que serviu de base por parâmetro durante muito tempo para as autoridades foi o Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei n.º 1.002, de 21 de outubro de 1969), que por incrível que pareça estabeleceu algumas regras básicas para a utilização de algemas por parte dos militares:

CPPM, Art. 234. O emprego de força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor. De tudo se lavrará auto subscrito pelo executor e por duas testemunhas.

Emprêgo de algemas

1º O emprêgo de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do prêsso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242.

Neste sentido, de análise da legislação militar acima mencionada, que via de regra é mais rígida que a legislação processual penal comum em decorrência da própria estrutura



militar, somente admite-se a utilização de algemas como medida de exceção, nos casos de resistência ou tentativa de fuga do preso.

Visando suprir a lacuna legislativa federal, alguns Estados, violando preceito constitucional, baixaram decretos e até mesmo portarias no intuito de regulamentar o uso das algemas.

O Governador do Estado de São Paulo Adhemar de Barros editou o Decreto Estadual Paulista nº 19.903/50 estabelecendo em suma que a utilização de algemas deve ser medida excepcional.

De análise do referido Decreto Estadual, pode-se verificar que o governo paulista se preocupou em suprir a lacuna legislativa existente quanto à utilização de algemas, trazendo regras mínimas para sua utilização e prevendo a possibilidade de eventual punição nos casos de abuso.

Mais uma vez tutelando a dignidade da pessoa humana, e visando dar cumprimento às regras mínimas para tratamento dos prisioneiros da Organização das Nações Unidas, o Governador do Estado de São Paulo editou o decreto nº 57.783, de 10 de fevereiro de 2012, proibindo a utilização de algemas nas presas parturientes, durante o trabalho de parto e no período posterior a sua internação em estabelecimento de saúde.

De análise do teor do referido decreto Estadual acima mencionado, é possível verificar que o Governador do Estado de São Paulo Geraldo Alckmin, procurou tutelar o bem maior que é a dignidade do nascituro, que não tem nada a ver com a eventual prática delitiva cometida por sua genitora.

No Estado do Rio de Janeiro, em uma aberração jurídica mais gritante ainda, a utilização de algemas é regulamentada pela Portaria n. 288/JSF/GDG, de 10 de novembro de 1976, que estipula que a utilização de algemas pelo serviço policial de escolta visa impedir fugas de internos de reconhecida periculosidade.

Diante da ausência da regulamentação federal quanto ao uso de algemas, algumas autoridades utilizam-se como referência a Lei n 9.537/97, que disciplina a segurança do tráfego aquaviário em águas nacionais, cujo art. 10 dispõe que:

Lei n. 9.537/97 – Art. 10 - O Comandante, no exercício de suas funções e para garantia da segurança das pessoas, da embarcação e da carga transportada, pode: a)

impor sanções disciplinares previstas na legislação pertinente; b) ordenar o desembarque de qualquer pessoa; c) ordenar a detenção de pessoa em camarote ou alojamento, se necessário com algemas, quando imprescindível para a manutenção da integridade física de terceiros, da embarcação ou da carga.

A Lei n 7.565/1986, que instituiu o Código Brasileiro de Aeronáutica, não dispõe especificamente quanto ao uso de algemas, porém prevê em seu artigo 168 que o comandante poderá tomar as providências que entender cabíveis para manter a aeronave, as pessoas e os bens transportados em segurança, nos termos a seguir:

Lei n. 7.565/86 - Art. 168. Durante o período de tempo previsto no artigo 167,31 o Comandante exerce autoridade sobre as pessoas e coisas que se encontrem a bordo da aeronave e poderá:

...

II - tomar as medidas necessárias à proteção da aeronave e das pessoas ou bens transportados;

A Instrução da Aviação Civil n. 2504-0388, editada em março de 1988 pelo extinto Departamento de Aviação Civil, atual Agência Nacional de Aviação Civil, em seu item II, normatiza o embarque de passageiro presos dispondo que: “caso o prisioneiro seja transportado com algemas esta situação deverá, se possível, ser encoberta”

Mesmo não se tratando de normas processuais penais, a instrução acima mencionada, demonstra uma preocupação das autoridades aeroportuárias com a dignidade dos prisioneiros que são transportados nas aeronaves, estabelecendo que os presos sejam transportados com as algemas encobertas.

Neste sentido, apesar de existirem algumas regras esparsas, não existe uma regulamentação específica para o uso de algemas no ordenamento jurídico nacional, situação que causa alguns transtornos para as autoridades que têm que lidar diretamente com o assunto.

Ocorre, contudo, que a postura dos Estados em tentarem regulamentar uma questão de caráter geral de competência privativa da União, que é a utilização de algemas, violam de forma patente o art. 22, I da Constituição Federal. Os Estados até poderiam legislar sobre questões específicas conforme estabelece o art. 22, parágrafo único da Constituição Federal, situação esta que não se enquadra na questão da utilização de algemas.

Em decorrência da ausência de regulamentação, diversos abusos foram cometidos pelas autoridades públicas brasileiras, até que o Supremo Tribunal Federal – STF, resolveu por bem editar a Súmula vinculante n. 11 do Supremo Tribunal Federal – STF, que expressa:

Súmula n. 11 do STF: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Neste sentido, diante da ausência de regulamentação federal quanto à utilização de algemas, podemos verificar que estamos de diante de uma lacuna legislativa, que precisa ser urgentemente regulamentada pelo legislador federal.

## 5. A PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

No desenvolver da presente pesquisa, procurou-se abordar a prisão preventiva à luz dos direitos humanos fundamentais, abordagem esta que se enquadra perfeitamente na moderna teoria do garantismo penal defendida por alguns doutrinadores.

O doutrinador italiano Luigi Ferrajoli, um dos principais defensores da referida teoria do garantismo penal, leciona o seguinte:

O Estado de direito: níveis de norma e níveis de perda da legitimação – Vimos como modelo penal garantista, recebido na Constituição como um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva, é, na prática, largamente desatendido: seja ao se considerar a legislação penal ordinária, seja ao se considerar a jurisdição, ou pior ainda, as práticas administrativas e policiais. Esta divergência entre normatividade do modelo em nível constitucional e sua não efetividade nos níveis inferiores corre o risco torná-la uma simples referência, com mera função de manifestação ideológica no seu conjunto. A orientação que, há poucos anos, vem sob o nome de “garantismo”, nasceu no campo penal como uma resposta ao desenvolvimento crescente de tal diversidade e também às culturas jurídicas e políticas que têm jogado numa mesma vala, ocultado e alimentado, quase sempre em nome da defesa do Estado de direito e do ordenamento democrático...<sup>59</sup>

Atualmente o Brasil tem uma das maiores populações carcerárias do mundo, com cerca de 550.000 (quinhentos e cinquenta mil) presos, sendo que destes, 217 (duzentos e dezessete) mil estão em prisão preventiva.<sup>60</sup>

Mesmo tratando-se de infrações penais leves em diversas situações, é muito comum no Brasil a utilização da privação antecipada da liberdade, quando na verdade deveriam ser utilizadas medidas alternativas.

De análise da Constituição Federal, da legislação infraconstitucional e da doutrina dominante pode-se verificar que a prisão preventiva não tem a finalidade punitiva, mas sim de custódia.

<sup>59</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flavio Gomes. .3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 785.

<sup>60</sup> Ziemkiewicz, Nathalia. **Histórias que assustam a ONU**. Disponível em: <[http://www.istoe.com.br/reportagens/290269\\_HISTORIAS+QUE+ASSUSTAM+A+ONU](http://www.istoe.com.br/reportagens/290269_HISTORIAS+QUE+ASSUSTAM+A+ONU)>. Acesso em 21-10-13.

A prisão preventiva no processo penal, como qualquer medida de caráter cautelar, tem a finalidade de assegurar a eficaz aplicação do Direito Penal objetivo ao caso concreto, ou seja, tem um caráter instrumental.

O doutrinador José Frederico Marques destaca o caráter instrumental e provisório da prisão preventiva, uma vez que esta terá duração limitada, levando-se em consideração que destina-se a assegurar o resultado da ação principal, que é aplicação do Direito Penal:

As providências cautelares possuem caráter instrumental: constituem meio e modo de garantir-se o resultado da tutela jurisdicional a ser obtida através do processo.

Destinam-se elas a impedir que o desenrolar demorado do processo, com os trâmites do *iter* procedimental que a lei traça previamente, possa tornar inócua a prestação jurisdicional que as partes procuram conseguir.

A finalidade do processo é a atuação do Direito objetivo em determinada situação concreta, a fim de compor um litígio ou conflito de interesses. Com as providências cautelares – como salienta Vittorio Denti – busca-se “garantir, ao processo, a consecução integral de seu escopo, para que os meios de que deve servir-se ou situação sobre a qual irá incidir não se modifiquem ou se tornem inúteis, antes ou durante o desenrolar do procedimento, frustrando-se, em consequência, a atuação da vontade da lei material.

Com a medida cautelar, antecipa-se, no todo ou em parte, a situação jurídica que advirá do resultado final do processo; e, com isso, afasta-se o *periculum in mora*, neutralizam-se os efeitos lesivos que dele poderiam surgir e garante-se, dentro do possível, a realização efetiva da tutela jurisdicional do Estado.<sup>61</sup>

Desta forma, ao decretar a prisão preventiva de qualquer cidadão, o magistrado deve ter a consciência, de que tal medida judicial trata-se de uma inversão da ordem natural do processo, e que por isto não pode se afastar das hipóteses previstas em lei, conforme comenta o doutrinador João Alfredo Medeiros Vieira:

Existe, na verdade, uma inversão da ordem normal das coisas, dos atos e fatos, quando são adotadas no processo penal, medidas cautelares. Estas vêm a ser uma técnica que visa superar os riscos da sequência e da estrutura processual. Já por fixar dilações e delongas para averiguação dos fatos, já por permitir a participação plena das partes – Ministério Público e defesa -, tende a tramitação a demorar. E pode acontecer que, assim, no final, as coisas tenham sofrido modificações tão grandes que se tornaria ineficaz a intervenção do Estado para solucionar o problema. Há, porém, requisitos para que elas possam ser tomadas.<sup>62</sup>

<sup>61</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. São Paulo: Millennium, 2007. 4 v. .p. 11-12.

<sup>62</sup> VIEIRA, João Alfredo Medeiros. **A Prisão Cautelar**. São Paulo: LEDIX. 2005. p. 14.

Através de estudo sobre a teoria geral da pena, pudemos verificar que a Constituição Federal é clara em seu texto quando estabelece quais penas podem ser aplicadas pelo legislador infraconstitucional, e neste rol não está inserida a prisão preventiva. Desta forma, esta espécie de prisão não pode ser utilizada como forma de punição, tendo em vista que tal entendimento constituiria clara inversão da ordem jurídica e uma violação ao princípio da legalidade e da presunção de inocência.

Destaca o doutrinador Luigi Ferrajoli mais uma vez que referido instituto vem sendo utilizado de forma desvirtuada pelos Tribunais:

Com o advento do fascismo, a presunção de inocência entrou francamente em crise, não houve mais freios ao uso e abuso da prisão preventiva e à sua aberta legitimação, sem jogos de palavras ingênuos, como “medida de segurança processual”, necessária para a defesa social” e indispensável sempre que o delito tenha desencadeado “grave clamor público”.<sup>63</sup>

Não se pode negar que em algumas situações a prisão preventiva é um mal necessário, contudo, deve ser utilizada como medida de exceção e com muita cautela, porque afasta de forma direta e antecipada diversos direitos fundamentais da pessoa humana que estão encartados de forma expressa na própria Constituição Federal e em diversos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, principalmente o da presunção de inocência.

Seguindo o princípio constitucional da presunção de inocência, comentado no início deste trabalho, ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, prevalecendo-se à liberdade diante da prisão.

Inclusive os direitos políticos do preso provisório permanecem resguardados, conforme teor do art. 15, II, da Constituição Federal, que estabelece que tais garantias somente podem ser perdidas ou suspensas em caso de sentença penal definitiva:

CF - Art. 15 – É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

...

---

<sup>63</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flavio Gomes. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 508.

III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

Desta forma, quando o Poder Público não fornece condições para que o preso provisório possa exercer seu direito de voto, tal postura afronta de forma direta o próprio texto constitucional acima mencionado.

Tão forte é o impacto da prisão preventiva na vida do cidadão, que de acordo com o art. 236, do Código Eleitoral, nenhum eleitor poderá ser preso provisoriamente 5 (cinco) dias antes da eleição e 48 (quarenta e oito) horas depois, visando justamente evitar que o referido instituto jurídico possa ser utilizado como meio de coerção no período eleitoral:

Objetivando assegurar a regularidade e lisura do processo eleitoral e buscando apagar toda e qualquer forma de perseguição, dispõe o art. 236 do Código Eleitoral que nenhum eleitor poderá ser preso cinco dias antes do pleito e quarenta e oito horas depois; nenhum candidato poderá ser custodiado quinze dias antes das eleições e quarenta e oito horas, salvo as hipóteses de prisão em flagrante, desrespeito a salvo-conduto em virtude de sentença penal condenatória pela prática de crime inafiançável.<sup>64</sup>

Além do mais, o risco de se deixar alguém preso provisoriamente é muito alto para o Estado, principalmente em um sistema carcerário como o brasileiro, onde os acusados ficam recolhidos em verdadeiras masmorras infectas, com predominância da AIDS, tuberculose, sífilis, sarna e outras doenças infectocontagiosas de alto risco para a vida humana.

Ocorre, contudo, que o fato de alguém estar preso provisoriamente não afasta seu direito fundamental à saúde, porque a pena não se estende a tal aspecto, mas sim apenas de privação da liberdade até que o acusado seja devidamente julgado por meio do devido processo legal.

A prisão cautelar de alguém é extremamente agressiva porque afasta o acusado de sua família e de seu trabalho abruptamente, causando muitas vezes abalos familiares e econômicos irreparáveis, que podem ser piores do que qualquer sanção prevista pela legislação penal.

Estudos revelam que presos provisórios têm uma maior tendência a serem condenados, até porque sua situação de vulnerabilidade faz com que seu direito de defesa fique mais

---

<sup>64</sup> PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 121.

restrito, devido à falta de contato com o mundo exterior, que o impossibilitam de buscar provas em seu favor.

Ocorre, contudo, que, na prática corriqueiramente a prisão cautelar é utilizada mais como forma de demonstração de poder por parte do Estado, do que como forma de justiça, tendo em vista que muitas vezes se entende que a privação antecipada da liberdade de alguém é uma forma justa de punição. Neste sentido, leciona Michel Foucault: “... fazem da execução pública mais uma manifestação de força do que uma obra de justiça”.<sup>65</sup>

Os presos provisórios no Brasil em sua grande maioria são jovens de classe social baixa, que estavam excluídos do mercado formal de trabalho, ou seja, são aquelas pessoas que são consideradas pela elite muitas vezes como o “lixo social”.<sup>66</sup>

Situação que comprova que a classe social do preso contribui de forma patente para sua manutenção no cárcere cautelarmente é o fato de que é mais difícil se conseguir uma liberdade provisória em se tratando de crimes contra o patrimônio do que em crimes econômicos e crimes dolosos contra a vida, porque, no primeiro caso, os mais pobres são os que mais incidem na prática destes tipos de delitos.

Desta forma, a prisão cautelar não pode servir de sanção para as classes sociais menos favorecidas, sob pena de se tratar claro *bis in idem*, haja vista que o agente já será punido com as sanções previstas em lei no preceito secundário de cada tipo penal que for violado.

Esta situação reflete de forma patente que a prática criminosa muitas vezes trata-se mais de um problema social do que um problema do Direito Penal.

Quanto a esta questão, comenta o sociólogo americano Loïc Wacquant destacando que muitos países subdesenvolvidos estão saindo de um Estado Providência para entrarem Estado-Penitência, tendo em vista, que procuram resolver seus problemas sociais por meio do encarceramento:

---

<sup>65</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução: Raquel Ramalhete. 37. ed. Rio de Janeiro: Vozes. 1997. p. 50.

<sup>66</sup> KAHN, Túlio. Disponível em:

<<http://www.reflexoes.diarias.nom.br/POLITICA/DESEMPREGOEVIOLENCIA.pdf>><http://www.reflexoes.diarias.nom.br/POLITICA/DESEMPREGOEVIOLENCIA.pdf>> Acesso em: 22-10-13.



A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social que é a *própria causa* da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo. Ela afirma a onipotência do Leviatã no domínio restrito da manutenção da ordem pública – simbolizada pela luta contra a delinquência de rua – no momento em que este afirma-se e verifica-se incapaz de conter a decomposição do trabalho assalariado e de refrear a hiper mobilidade do capital, as quais, capturando-a como tenazes, desestabilizam a sociedade inteira. E isso não é uma simples coincidência: é justamente *porque* as elites do Estado, tendo se convertido à ideologia do mercado-total vinda dos Estados Unidos, diminuem suas prerrogativas na frente econômica e social que é preciso aumentar e reforçar suas missões em matéria de “segurança”, subitamente relegada à mera dimensão criminal. No entanto, e sobretudo, a penalidade neoliberal é mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século.<sup>67</sup>

Faz-se necessário destacar que, muitas vezes, o maior problema não é a prisão preventiva em si, mas sim a extensão desta prisão, que, corriqueiramente, chega a ultrapassar o período estabelecido pela própria condenação definitiva, diante da precariedade do sistema de judiciário nacional em algumas regiões do País.

O legislador, em algumas situações, estabelece no Código de Processo Penal e na legislação processual penal prazos para conclusão dos procedimentos processuais, mas todos sabem que dificilmente estes prazos são cumpridos por diversos motivos, tais como: falta de pessoal; de material de trabalho; número excessivo de processos; falta de contingente; falta de investimentos em tecnologia de ponta; etc. Assim sendo, de nada adianta serem estabelecidos prazos para encerramento dos processos, se não existirem em meios para a conclusão dos mesmos.

Neste sentido, conforme comentado no conteúdo da presente pesquisa, a Emenda Constitucional n. 45/2004, incluiu o inciso LXXVIII, no art. 5º da Constituição Federal, estabelecendo que todo processo deve ter uma duração razoável, visando justamente afastar abusos por parte do poder estatal no trâmite de processos.

A superpopulação carcerária também é outro problema grave que assola o sistema e que expõe ainda mais a situação do preso provisório, tendo em vista que estes ficam sujeitos as mais diversas humilhações, chegando ao ponto de terem que dormir em pé amarrados pelos braços, diante da falta de espaço. Isto quando não ficam presos *containers*, como ocorreu no

---

<sup>67</sup> WACQUANT, Loïc, **As prisões da miséria**. 2ª ed., Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 9.

Estado do Espírito Santo, onde o Brasil chegou ao ponto de ser repreendido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos diante de tais posturas inaceitáveis.<sup>68</sup>

A mídia tenta vender a imagem para a população de que a prisão preventiva é uma aparente eficiência do sistema penal, quando na verdade é justamente ao contrário, levando-se em consideração que esta espécie de privação antecipada da liberdade, quando mal utilizada, pode colocar o Poder Judiciário em descrédito, como vem ocorrendo atualmente no Brasil, onde leigos pensam que a revogação da prisão cautelar, diante do desaparecimento de seus pressupostos é uma forma de impunidade.

Ocorre, contudo, que nem sempre as informações que são trazidas pela mídia podem ser consideradas confiáveis, conforme leciona Sergio Cavaliere Filho e Luciano Albino:

A grande problemática é que a imprensa brasileira tem muitos outros interesses, além daquele estritamente jornalístico. Há até quem fale em liberdade de empresa e não em liberdade de imprensa. A mídia sempre esteve próxima do poder estatal e econômico, e isso faz com que a informação nem sempre seja fidedigna e confiável. No mínimo vem embalada da maneira que melhor atinja os interesses dos detentores do poder. Dessa maneira a notícia acaba, muitas vezes, tornando-se mercadoria; é tratada de tal forma que já vem comentada, explícita ou implicitamente. A forma implícita é a mais grave porque o comentário acaba virando notícia.<sup>69</sup>

Criticando o abuso na utilização da prisão preventiva comentam os doutrinadores Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas:

Ora, se o Estado não está aparelhado para lutar contra o crime, o que não se pode justificar é que, para superar tais insuficiências, venha a praticar abusos, muitas vezes recolhendo indiscriminadamente indivíduos para serem investigados, utilizando-se de operações conhecidas como “arrastão”, “tira da cama” e outras assemelhadas, como única forma de aprisionar-se condenados. Tais ações, muito embora apresentem certo aspecto positivo, na prática revelam-se altamente perigosas. Recolhem-se cidadãos, muitas vezes trabalhadores e inocentes.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Comissão interamericana e as masmorras do Espírito Santo**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14897/comissao-interamericana-e-as-masmorras-do-espírito-santo>>. Acesso em 21-10-2013.

<sup>69</sup> CAVALIERI Filho, Sergio e ALBINO, Luciano. **Sociologia Geral e Jurídica**. 11ª ed. Rio de Janeiro: 2007.

<sup>70</sup> FREITAS, Gilberto Passos de e FREITAS, Vladimir Passos de. **Abuso de autoridade**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 178.

O problema do encarceramento é um problema mundial, inclusive nos Estados Unidos da América, diante de seu desenfreado crescimento populacional:

Para analizar el aumento de la población detenida em los Estados Unidos es útil tomar coo fecha de partida el año 1973, porque es a partir de este momento que las tasas de encarcelamiento crecieron cada vez más rápidamente. También, el año de 1969 es una fecha importante para comprender el giro repressivo em el campo penal y penitenciario: la campaña electoral para la elección presidencial de Richard Nixon puso, por primeira vez, em el centro de la atención pública el tema de la seguridad, haciendo de la promesa de combatir la creciente criminalidad, uno de los principales puntos del programa del futuro presidente.<sup>71</sup>

É de suma importância destacarmos ainda, que a prisão provisória deixa graves sequelas no acusado que, depois de libertado, é estigmatizado para o resto de sua vida, e mesmo que venha a ser absolvido no processo no qual respondeu, passará a ser uma vítima terciária do sistema, que dificilmente conseguirá uma reinserção social plena.

Importante se faz destacar também, que o fato de alguém estar sendo investigado ou acusado por um crime grave, não quer dizer que esta pessoa seja culpada, até porque ainda foi julgada e não teve o direito de se defender, devendo prevalecer em seu favor o status constitucional da presunção de inocência.

Além do mais, presos provisórios sofrem reações diferentes no cárcere, principalmente aqueles que são inocentes, chegando ao ponto de alguns tirarem a própria vida dentro do estabelecimento prisional inconformados com a situação em que se encontram e diante dos efeitos psicossociais negativos causados pelo encarceramento cautelar.

Em razão disto é que não deve ser utilizada a prática de tortura durante a prisão cautelar, porque os presos provisórios que realmente cometeram o crime levam vantagem nesta situação, tendo em vista que irão preferir suportar a dor inicial e negar a prática criminosa para se livrar de eventual condenação, do que o inocente que acaba muitas vezes confessando a prática de um crime que não cometeu para livrar-se da dor.

Neste sentido, leciona Cesare Beccaria:

---

<sup>71</sup> RE, Lucia. **Cárcel y Globalización**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008. p. 51.

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida. Só o direito da força pode, pois, autorizar um juiz a inflingir uma pena a um cidadãos quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado.

Eis uma proposição bem simples: ou o delito é certo, ou é incerto. Se é certo, só deve ser punido com a pena fixada pela lei, e a tortura é inútil, pois já não se tem necessidade das confissões do acusado. Se o delito é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Com efeito, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não se provou.<sup>72</sup>

Em um sistema prisional precário como o brasileiro, praticamente dominado pelo crime organizado, muitos presos provisórios primários acabam transformando-se em verdadeiros criminosos profissionais (soldados do crime), na medida em que passam a frequentar a “universidade do crime” enquanto aguardam julgamento custodiados.

Problema grave dentro dos estabelecimentos prisionais nacionais também são os entorpecentes, que praticamente circulam livremente e fomentam ainda mais o aumento da população de viciados, passando o poder estatal a ter que resolver mais um problema posteriormente, que é a cura dos egressos viciados.

A promiscuidade é um problema que também assola o sistema penitenciário nacional, tendo em vista que devido à ociosidade e a superlotação, tal prática passa a ser uma situação corriqueira, que levam muitos detentos a se contaminarem com o vírus do HIV.

Assim sendo, é de suma importância que os presos provisórios fiquem separados dos presos condenados, conforme estabelece a legislação vigente, para que se evite a contaminação natural de todos os tipos, bem como para que estes sofram o mínimo possível em caso de eventual absolvição, situação esta que é perfeitamente possível em qualquer processo judicial.

Além do mais, a prisão provisória deve durar o mínimo possível, para que não venha a ser mais gravosa do que a futura pena que poderá imposta pelo crime que supostamente foi cometido, tendo em vista que, conforme comentado, nos crimes cuja pena privativa de liberdade com pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, o regime de cumprimento de pena, em regra, será o aberto.

---

<sup>72</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. 2ª ed., São Paulo: Edipro, 2011. p. 47.

E, de acordo com a Lei de Execução Penal, os presos provisórios devem ser recolhidos em cadeias públicas, situação esta que vem sendo cumprida em termos no Estado de São Paulo, com a criação dos Centros de Detenção Provisória, conhecidos como “CDP’s”, retirando-se assim estas pessoas dos Distritos Policiais, estabelecimentos estes que não têm as mínimas condições de estrutura para tanto.

Estudos demonstram que cerca de 80% (oitenta por cento) dos presos que têm contato com o cárcere voltam a delinquir, e um dos fatores que certamente contribuem para esta estatística são as sequelas deixadas pelo sistema penitenciário, que impedem que o ex-detento se reintegre na sociedade, conforme ensina o criminologista Sérgio Salomão Shecaira:

Na falta de outras alternativas de controle social, o Estado dá à criminalidade a resposta do aprisionamento. Embora pareça haver consenso de que essa resposta punitiva não é o ideal, não se encontrou outra punição que possa fazer frente aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Além disso, não se pode esquecer que o custo social de tal solução está longe de ser desprezível. É caro para a sociedade que tem que arcar com as despesas de manutenção de presídios que, cada vez mais sorvem o dinheiro do contribuinte; também é caro pelas consequências sociais das medidas encarceradoras. Além disso, seu efeito é passageiro: o criminoso fica impedido de delinquir apenas enquanto estiver preso. Ao sair, estará mais pobre, terá rompido laços familiares e sociais e dificilmente encontrará quem lhe ofereça emprego. Ao mesmo tempo, na prisão, criou novas conexões que permitiram ampliar e sedimentar a rede de relações que propiciam o cometimento de novas ações delituosas...<sup>73</sup>

Por uma questão cultural, as mulheres sofrem consequências ainda maiores no momento da decretação da prisão preventiva, tendo em vista que muitas delas não possuem casa própria registrada em seu nome e, por isto, não têm comprovante de residência e, em razão disto, não conseguem comprovar os requisitos legais e jurisprudenciais para conseguirem responder o processo em liberdade.

Conforme leciona Ana Lúcia Menezes Vieira, a decretação ou não da prisão preventiva não é uma tarefa fácil para os magistrados, por serem um pouco confusos os requisitos legais previstos no art. 311 e seguintes do Código de Processo Penal, mas uma coisa que deve ser afastada neste momento é a pressão política e midiática que muitas vezes é feita, tendo em vista que esta situação pode manipular os fatos:

---

<sup>73</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25-26.

Há muitos séculos a notícia da execução das penas seduz a população. O suplício, pena corporal atroz, dolorosa e cruel, era precedido de um ritual, um cerimonial de castigo público, manifestações da justiça do soberano. O sofrimento do condenado, seus gritos pela tortura a si infligida lentamente era cena teatral, representação do castigo que levava o público, movido por extraordinária curiosidade, a se comprimir em torno do cadafalso para assistir ao espetáculo de horror que era a punição do súdito criminoso.<sup>74</sup>

Neste sentido, pode-se verificar que a prisão preventiva vem sendo desvirtuada na prática e cada vez mais sendo utilizada como forma de punição antecipada, principalmente nos processos midiáticos.

Inclusive a eventual utilização de algemas quando necessário, deve ser feita com muita cautela para que não venha a ser objeto de punição antecipada, principalmente diante da ausência de regulamentação federal específica em nosso ordenamento jurídico quanto ao assunto em questão.

Desta forma, o que pode-se concluir em decorrência da duração razoável do processo é que a prisão preventiva deve ser decretada nas hipóteses taxativamente previstas em lei e pelo prazo mais curto possível, para que as sequelas carcerárias sejam minimizadas ao máximo em caso de eventual absolvição.

Por isto é cada vez mais importante a aplicação de medidas cautelares substitutivas das prisões provisórias previstas em lei, comentadas no decorrer deste trabalho, para que evite-se o contato dos acusados com o cárcere, principalmente quando tratar-se de réus primários.

Assim sendo, à luz da teoria do garantismo penal e dos direitos humanos fundamentais da pessoa humana, pode-se verificar que a prisão preventiva deve ser medida de exceção, por tratar-se de postura drástica que afasta de forma abrupta diversos direitos básicos da pessoa humana, antes de um julgamento justo através de um devido processo legal.

Seguindo o mesmo raciocínio, comenta o jurista Cezar Roberto Bitencourt:

Um dos argumentos que mais se mencionam quando se fala na falência da prisão é o seu efeito criminógeno. Muitos autores sustentam essa tese, que, aliás, já havia sido defendida pelos positivistas e que se revitalizou no II Congresso Internacional de Criminologia (Paris, 1950). Considera-se que a prisão, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza

---

<sup>74</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 17.

toda espécie de desumanidade. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações...<sup>75</sup>

Talvez um sistema garantista real nunca venha a ser alcançado de forma plena, mas trata-se de um fim a ser buscado diante das diretrizes traçadas pela Constituição Federal e pelos mais diversos Tratados e Convenção de Direitos Humanos no qual o Brasil é signatário.

Conforme discutido até o presente momento, a prisão preventiva tem a finalidade de custódia até que o acusado venha a ser julgado nas hipóteses expressamente previstas em lei. Assim sendo, caso o Estado eventualmente venha a abusar deste direito-dever o lesado poderá acioná-lo, pleiteando eventual indenização.

Neste sentido, mesmo que o Estado entenda que a prisão preventiva deva ser decretada em algumas situações, por estarem presentes os requisitos legais, deverá este ter a cautela para não abusar deste direito, evitando o prolongamento injustificado por longos períodos da privação da liberdade do acusado, sob pena de transformar referida custódia em prisão-pena, tendo em vista que não é sua finalidade, nos termos da lei.

Além do mais, não pode o acusado arcar com as consequências da morosidade do Poder Judiciário que, em algumas situações, demora mais de 3 (três) anos para julgar um processo em primeira instância, sem contar o prazo para julgamento dos recursos que também demoram para serem apreciados. Chegando-se ao ponto de custodiados ficarem presos preventivamente por mais tempo do que a própria pena prevista para o delito ao qual é acusado.

Notório se faz destacar que a prisão preventiva por si só traz graves consequências ao preso, que provavelmente perderá seu emprego, será afastado do convívio familiar e social, entre outras sequelas à sua imagem e honra, ou seja, seus direitos fundamentais serão completamente afastados.

A indenização em decorrência de prisão preventiva injusta não é prevista de forma expressa pela nossa Constituição Federal brasileira, que apenas prevê a hipótese de ressarcimento nos casos de erro judiciário, que não seria o caso da prisão preventiva, segundo a opinião de alguns doutrinadores.

---

<sup>75</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 165.

Visando tutelar esta espécie de abuso, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no qual o Brasil é signatário, prevê em seu art. 9º, 5, que qualquer pessoa que for vítima de prisão ilegal, deverá ser indenizada:

5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à reparação.

Mas mesmo que não houvesse previsão nas normas internacionais, estabelecem os arts. 186 e 927 do Código Civil, que todos aqueles que sofrerem algum dano em decorrência de ato ilícito, devem ser devidamente indenizados, senão veja-se:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Notório faz-se destacar ainda, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal estabelece que a responsabilidade do Poder Estatal, no caso em questão é objetiva:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Analisando precedente relativo a este caso, o Supremo Tribunal Federal – STF, pelo voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, manifestou-se no sentido de que o Poder Público deve ser responsabilizado por eventuais abusos na utilização de algemas durante o cumprimento de prisão cautelar, senão veja-se:

EMENTA: Erro judiciário. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Direito à indenização por danos morais decorrentes de condenação desconstituída em revisão criminal e de prisão preventiva. CF, art. 5º, LXXV. C.Pr.Penal, art. 630. 1. O direito à indenização da vítima de erro judiciário e daquela presa além do tempo devido, previsto no art. 5º, LXXV, da Constituição, já era previsto no art. 630 do C. Pr.



Penal, com a exceção do caso de ação penal privada e só uma hipótese de exoneração, quando para a condenação tivesse contribuído o próprio réu. 2. A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, § 6º, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. 3. O art. 5º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário stricto sensu, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça (RE 505393/PE-PERNAMBUCO/RECURSO EXTRAORDINÁRIO/Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE/Julgamento: 26/06/2007 Órgão Julgador: Primeira Turma).<sup>76</sup>

Ocorre, contudo, que a jurisprudência da Suprema Corte não é pacífica quanto à situação em questão, havendo entendimento de que a prisão preventiva indevida não pode ser considerada um erro judiciário, como a seguir:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ATOS DOS JUÍZES. C.F., ART. 37, § 6º.I. - A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II. - Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário ¾ C.F., art. 5º, LXXV ¾ mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido. III. - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido. (RE 429518 AgR / SC-SANTA CATARINA/AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO/Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgamento: 05/10/2004 Órgão Julgador: Segunda Turma)<sup>77</sup>

Como a decretação da prisão preventiva é uma decisão judicial como outra qualquer, entende a jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro ser perfeitamente possível a responsabilização do Estado em casos de erros flagrantes em sua decretação:

A jurisprudência brasileira, como regra, não aceita a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, o que é lamentável porque podem existir erros flagrantes não só em decisões criminais, em relação as quais a Constituição adotou a tese da responsabilidade, como também nas áreas cível e trabalhista. Pode até ocorrer o caso em que o juiz tenha decidido com dolo ou culpa; não haveria como afastar a

<sup>76</sup> (Supremo Tribunal Federal - RE 505393/PE-PERNAMBUCO/RECURSO EXTRAORDINÁRIO/Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE/Julgamento: 26/06/2007 Órgão Julgador: Primeira Turma)

<sup>77</sup> (Supremo Tribunal Federal - RE 429518 AgR / SC-SANTA CATARINA/AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO/Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgamento: 05/10/2004 Órgão Julgador: Segunda Turma)

responsabilidade do Estado. Mas, mesmo em caso de inexistência de culpa ou dolo, poderia incidir essa responsabilidade, se comprovado o erro da decisão.<sup>78</sup>

Sustentando que a prisão indevida trata-se de clara violação ao direito da personalidade, comenta o doutrinador Arnaldo Quirino:

Nessa passagem, pois, ficou claro que a liberdade individual é um direito da personalidade (e mais que isso, um verdadeiro direito natural do homem) e que, portanto, sua privação indevida impõe ao Estado o dever de indenizar os morais do fato injusto, podendo o dano trazer reflexos patrimoniais...<sup>79</sup>

Diante do exposto, pode-se verificar que o ordenamento jurídico brasileiro necessita de um avanço em sua legislação, no intuito de regulamentar a questão da prisão preventiva ilegal, para que eventuais vítimas desta espécie de prisão possam ser indenizadas em caso de abuso por parte do poder estatal, tendo em vista que nesta situação o princípio constitucional fundamental da pessoa humana dentre outros também são diretamente abalados.

---

<sup>78</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 719.

<sup>79</sup> QUIRINO, Arnaldo. **Prisão Ilegal e Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 56-57.

## CONCLUSÃO

Este trabalho acerca da prisão preventiva, indo muito além do debate processual penal, já de si relevante, pretendeu levar em conta, sobretudo, os direitos fundamentais da pessoa humana que estão diretamente ligados com a privação de liberdade, destacando que o direito penal e o direito processual apenas privam o indivíduo de sua liberdade e não dos demais direitos fundamentais, por ausência de previsão legal para tanto.

Ao longo do presente escrito, vinculou-se ele à moderna teoria do garantismo, apontando que o direito penal tem função subsidiária perante os demais ramos do Direito e que somente deve ser empregado em último caso (a chamada *ultima ratio*).

Assim é que, ao longo da presente dissertação, a denominada “garantia da ordem pública” como requisito ensejador da decretação da prisão preventiva pode dar margem a injustiças irreparáveis, à medida que muitos julgadores sujeitam-se ao clamor das ruas no lugar de levar em conta se a periculosidade do agente é efetivamente embasadora de eventual encarceramento. Por outro lado, a prisão preventiva não se presta a escarmento social, mas ostenta caráter instrumental de providência acautelatória processual. Pode servir, ainda, como detração no caso de condenação transitada em julgado.

Outro aspecto que é imperioso destacar é aquele relativo à prisão preventiva domiciliar, expediente de caráter humanitário que deve ser aplicado se a situação do preso se subsumir às hipóteses previstas no art. 318 do Código de Processo Penal. Não é, como um juízo apressado possa parecer, medida demasiado branda, tendo em vista que a privação prévia da liberdade da pessoa, de forma antecipada, no sistema prisional, não causará danos ainda maiores ao detento, máxime se se tratar de absolvição posterior. Destaca-se, ainda, que tal prerrogativa perdura até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quando o condenado deverá ser incluído no sistema carcerário comum.

De outra banda, quando a prisão preventiva deva ser decretada contra advogados, magistrados e membros do Ministério Público, a questão que surge é a quase inexistência de Salas de Estado-Maior, o que em tese inviabilizaria a prisão cautelar para estes profissionais da área jurídica. Solução intermediária, nesse caso, especialmente no que tange a dispositivo previsto no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, é a conversão da medida para prisão domiciliar, dependendo do caso concreto.

Como não poderia faltar, destacou-se a questão da utilização das algemas, procurando trazer inicialmente a ausência de regulamentação por texto de lei federal, e uma breve abordagem das normas estaduais que tentam regulamentar a questão. Salientou-se, também,

que o emprego de algemas não pode se dar como forma de punição, tendo em vista que no ordenamento jurídico nacional prevalece o princípio constitucional da presunção de inocência, pelo qual ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Salientou-se, ainda, que utilização das algemas não pode ser feita como expediente de execução do acusado, tendo em vista que o princípio constitucional da dignidade humana é um dos princípios basilares do ordenamento jurídico nacional.

A prisão preventiva, bem como a utilização das algemas, têm a finalidade de custodiar o acusado nas hipóteses previstas em lei e não podem ser utilizadas como forma de punição antecipada, porque como assinalado, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Há amparo legal e jurisprudencial que responsabiliza o Estado por eventuais abusos na utilização da prisão preventiva, diante de sua responsabilidade objetiva.

Assim, ao decretar a prisão preventiva de qualquer cidadão, o magistrado deve ter a consciência de que tal medida judicial trata-se de inversão da ordem natural do processo, e que por isso não pode se afastar das hipóteses previstas em lei.

A Constituição Federal, saliente-se, é clara em seu texto quando estabelece quais penas podem ser aplicadas pelo legislador infraconstitucional, e nesse rol não figura a prisão preventiva. Portanto, essa espécie de prisão não pode ser empregada como meio de punição, tendo em vista que tal entendimento constituiria clara inversão da ordem jurídica e uma violação ao princípio da legalidade e da presunção de inocência.

A prisão preventiva deve ser decretada nas hipóteses taxativamente previstas em lei e pelo prazo mais curto possível, para que as sequelas carcerárias sejam minimizadas ao máximo em caso de eventual absolvição.

Por isso é cada vez mais importante a aplicação de medidas cautelares substitutivas das prisões provisórias previstas em lei, comentadas no decorrer deste trabalho, para que se evite o contato dos acusados com o cárcere, principalmente quando ostentarem primariedade.

Diante do exposto, pode-se verificar que o ordenamento jurídico brasileiro necessita de avanço em sua legislação, no intuito de regulamentar a questão da prisão preventiva ilegal, para que eventuais vítimas desta espécie de prisão possam ser indenizadas em caso de abuso por parte do poder estatal, tendo em vista que nesta situação o princípio constitucional fundamental da pessoa humana, dentre tantos outros, também são diretamente abalados.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro. **Direito Penal**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. 2ª ed., São Paulo: Edipro, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 1 v. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALIERI Filho, Sergio e ALBINO, Luciano. **Sociologia Geral e Jurídica**. 11ª ed., Rio de Janeiro: 2007.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Curso de Direito Penal**. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2001.

DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. Porto Alegre: 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flavio Gomes. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução: Raquel Ramallete. 37ª ed., Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

FREITAS, Gilberto Passos de e FREITAS, Vladimir Passos de. **Abuso de autoridade**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Comissão interamericana e as masmorras do Espírito Santo**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14897/comissao-interamericana-e-as-masmorras-do-espírito-santo>>. Acesso em 21-10-2013.

GRINOVER, Ada Pelegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **História e Introdução ao Estudo do Direito**. 40ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 1 v. I. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed., São Paulo: 2013.

\_\_\_\_\_. **Prisões Cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Antonio Claudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado**. 2ª ed., São Paulo: Malone, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 4 v. São Paulo: Millennium, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 4 v. São Paulo: Millennium, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

MOTTA Sylvio e BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2006.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 1 v. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Prisão e Liberdade**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

QUIRINO, Arnaldo. **Prisão Ilegal e Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Atlas, 1999.

RE, Lucia. **Cárcel y Globalización**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **El contrato social**. Traducción: Leticia Halperin Donghi. Buenos Aires: Losada, 2008.

ROXIN, Claus. **Estudios de Direito Penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANGUINÉ, Odone. **Efeitos perversos da prisão cautelar**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 18. N. 86, Set.-Out. 2010.

SHECARIA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA da, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**. 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

VIEIRA, João Alfredo Medeiros. **A Prisão Cautelar**. São Paulo: LEDIX, 2005.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul Zaffaroni. **Derecho Penal Parte Geral**. Buenos Aires: Ediar, 2000.

ZANOIDE, Mauricio de Moraes. **Presunção de Inocência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZIEMKIWICZ, Nathalia. **Histórias que assustam a ONU**. Disponível em: <[http://www.istoe.com.br/reportagens/290269\\_HISTORIAS+QUE+ASSUSTAM+A+ONU](http://www.istoe.com.br/reportagens/290269_HISTORIAS+QUE+ASSUSTAM+A+ONU)>. Acesso em 21-10-13.

WACQUANT, Loïc, **As prisões da miséria**. 2ª ed., Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.