



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**PRISÃO PREVENTIVA COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA E A
MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA**

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito, com especialização em Ciências
Jurídicas

Autor: Eduardo Gonçalves dos Santos Alves

Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli e Prof. Dr. Manuel Guedes Valente

Número do candidato: 30006101

Outubro de 2024

Lisboa

EDUARDO GONÇALVES DOS SANTOS ALVES

**PRISÃO PREVENTIVA COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA E A
MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA**

Monografia apresentada para obtenção do grau de Mestre em Direito, à banca examinadora da Universidade Autónoma de Lisboa sob a orientação dos professores Dr. Nereu José Giacomolli e Dr. Manuel Guedes Valente, com especialidade em Ciências Jurídicas.

Outubro de 2024

Lisboa

RESUMO

A dissertação sob o tema de prisão preventiva e análise da hipótese aplicada à pesquisa sobre ser uma antecipação de pena e a utilização do argumento da manutenção da ordem pública tem como o objetivo a reflexão em ser considerados os argumentos em demasiado subjetivos, como a ordem pública, no que se corresponde ao fato de a medida de coação ser uma excepcionalidade tratada pela legislação, porém, na prática, aplicada em excesso, face os dados do sistema carcerário levantados. A conclusão levada pelo estudo é que as medidas abordadas sobre a pesquisa cercarão a análise da perspectiva do sistema penal o qual os sistemas jurídicos estão inseridos quando se vincula a uma comparação entre a legislação brasileira e as formatações que estão compostas no ordenamento jurídico português. A coleta de informação e levantamento de considerações e conclusões nesta dissertação tem como escopo coletas informações bibliográficas, consultando doutrinas, artigos científicos e estudos específicos relacionados ao tema. Volta-se a este exame em uma questão de se aproximar de uma discussão sobre a legislação em si sobre a possibilidade de decretar prisão preventiva. Visando manter a ordem pública, vale o questionamento e o debate a respeito execução ou não da prisão preventiva e se a mesma corresponderá a uma antecipação de pena, a depender de casos concretos e análise da jurisprudência existente. Não se nega o teor teórico-metodológico disposto neste estudo em se questionar se é possível manter a prisão preventiva decretada sob o embasamento da preservação da ordem e se esta é visualizada como uma forma de antecipar a pena.

Palavras-Chave: Prisões, Coação, Preventiva, Processo, Antecipação, Ordem

ABSTRACT

The dissertation under the theme of preventive detention and analysis of the hypothesis applied to the research about being an anticipation of sentence and the use of the argument of the maintenance of the public order has as objective the reflection in being considered the arguments in too subjective, as the public order, which corresponds to the fact that the coercive measure is an exceptionality treated by the legislation, however, in practice, applied in excess, given the data of the prison system collected. The conclusion taken from this study is that the measures addressed in the research will surround the analysis from the perspective of the penal system in which the legal systems are inserted when it is linked to a comparison between the Brazilian legislation and the formats that are composed in the Portuguese legal system. The collection of information and survey of considerations and conclusions in this dissertation has the scope of collecting bibliographic information, consulting doctrines, scientific articles and specific studies related to the theme. It turns to this examination in a matter of approaching a discussion on the legislation itself on the possibility of enacting pre-trial detention. The discussion about maintaining preventive detention is a way of guaranteeing public order and whether it will correspond to an anticipation of the sentence, depending on specific cases and analysis of existing jurisprudence. The theoretical-methodological content provided in this study is not denied in questioning whether it is possible to maintain the preventive detention decreed under the foundation of the preservation of public order and if this is viewed as a way of anticipating the sentence.

Keywords: Prisons, Coercion, Preventive, Process, Anticipation, Order

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 SISTEMA ACUSATÓRIO E INQUISITIVO.....	10
1.1 Sistema Inquisitivo.....	13
1.2 Sistema Acusatório e suas configurações.....	23
1.3 Sistema Misto	30
1.4 Sistemática abordada no Brasil e em Portugal sobre o sistema acusatório	33
2 ORDEM PÚBLICA	40
2.1 A ordem pública na Constituição Federal de 1988 e Constituição Portuguesa	44
2.2 Fundamento da prisão preventiva e estado inquisitivo de Direito	53
2.3 O Processo Penal como instrumento para garantias processuais fundamentais	67
3 PRISÃO PREVENTIVA: FORMATAÇÕES AO LONGO DO TEMPO E A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE.....	79
3.1 Prisão preventiva como prisão cautelar na legislação brasileira e portuguesa.....	80
3.2 Evolução do entendimento sobre prisões cautelares e, em específico, a prisão em caráter preventivo.....	95
3.3 Os sistemas misto, acusatório e inquisitivo e a prisão em caráter preventivo: resquícios inquisitoriais?	106
4 PRISÃO PREVENTIVA COMO PERSPECTIVA DE ANTECIPAÇÃO DE PENA	113
4.1 Proteção do acusado: direitos fundamentais e garantias processuais	115
4.1.1 Dignidade da pessoa humana.....	119
4.1.2 Princípio da presunção de inocência.....	125
4.1.3 Acesso à justiça.....	126
4.1.4 Contraditório e ampla defesa	128
4.2 O princípio da inocência e as prisões cautelares	130
4.3 Prisão preventiva sob a perspectiva de antecipação de pena e indenização no caso de absolvição e exclusão de culpabilidade no processo penal	131
4.4 Superlotação Carcerária, Terceiro Setor e a Prisão Preventiva	134
4.5 Dados sobre a superlotação carcerária no Brasil e em Portugal.....	137
4.5.1 Brasil.....	137
4.5.2 Portugal.....	138

4.6 Políticas públicas em educação e medidas educativas como solução da criminalidade.....	139
4.6.1 Medidas utilizadas no Brasil.....	139
4.6.2 Medidas utilizadas em Portugal.....	141
4.7 Distorções sobre o fundamento da prisão preventiva como preservação da ordem pública.....	143
CONSIDERAÇÕES FINAIS	148
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	150

INTRODUÇÃO

Este estudo tem como tema apresentar o instituto sobre a prisão preventiva como uma medida que possa refletir – ou não – a antecipação de pena, principalmente sob o foco de utilizar-se de argumentos que podem ser considerados como subjetivos, como a manutenção da ordem pública, tema também em foco. Circundará a pesquisa acerca da perspectiva do sistema penal que se insere em uma abordagem na legislação brasileira e as formatações de análise comparada com o ordenamento jurídico português, possuindo, portanto, a apuração do delito e da pena no que consiste a prisão preventiva como antecipação da pena e a manutenção da ordem pública, lembrando-se tratar de uma medida construída para coação, mas baseada no respeito às regras, princípios, direitos e garantias processuais.

O estudo possui o escopo coletar informações à redação a partir da pesquisa bibliográfica, consultando doutrinas e artigos científicos, bem como a revisão documental com a análise de legislações, recomendações em tratados internacionais e jurisprudência.

Consiste no exame voltado a uma delimitação do tema para aproximar-se da discussão sobre a legislação que institui a possibilidade de decretar a prisão preventiva. Tendo isto em consideração, vale o debate e o questionamento se, a fim de que se garanta a ordem pública, executa-se ou não a prisão preventiva e se esta seria uma antecipação de pena, a depender da análise de casos concretos com a jurisprudência e doutrina brasileira e portuguesa.

É fato que a problemática então se mantém na linha em questionar se é possível manter a prisão de forma preventiva decretada sob o embasamento legislativo para que seja preservada a ordem pública.

Ainda como problemas secundários será investigar se o sistema é utilizado no segmento processual penal – inquisitivo, acusatório ou misto – e se a ordem pública que é abordada na lei ela é uma justificativa plausível para se manter a prisão preventiva. Como medida de coação, a prisão preventiva será mantida a partir desses princípios e garantias fundamentais que devem ser mantidos na prisão preventiva quando esta for estendida por mais tempo que o datado em lei. Por fim, se pode ser correlacionada a superlotação carcerária com a prisão preventiva estendida por mais tempo que o permitido em lei.

A prisão executada preventivamente é uma medida cautelar de natureza excepcional que pode ser aplicada durante o processo penal com o objetivo de garantir que instrução criminal seja adequadamente conduzida, assim como a manutenção da ordem pública, e aplicação da lei penal adequada. Nesse contexto, ela pode ser vista como uma forma de

antecipação da pena, uma vez que restringe a liberdade do indivíduo antes mesmo da sua condenação definitiva.

A prisão em caráter preventivo é decretada pelo juiz quando estão presentes os pressupostos legais que justificam sua aplicação. Esses pressupostos variam de acordo com o sistema jurídico de cada país, mas geralmente incluem a necessidade de garantir a ordem pública, a aplicação da lei penal apropriada e a instrução criminal adequada.

A manutenção da ordem pública é um dos principais fundamentos para a decretação da prisão preventiva. Inicialmente, a justificativa utilizada é visar a proteção da sociedade de indivíduos considerados perigosos ou que possam representar uma ameaça à segurança coletiva. Quando existem indícios concretos de que o acusado possa cometer novos crimes ou perturbar a tranquilidade social, o juiz pode optar por decretar tal forma de prisão.

Contudo, vale destacar que a prisão de caráter preventivo não deve ser empregada para, indiscriminadamente, antecipar a pena. Há a restrita necessidade de que este tipo de prisão seja baseado em elementos concretos que demonstrem a real necessidade de sua aplicação. Além disso, a mesma deve ser uma medida excepcional, utilizada apenas quando outras medidas cautelares menos gravosas se mostrarem insuficientes para garantir os objetivos do processo penal.

A presunção de inocência é um princípio fundamental garantido pelo direito penal, e a prisão de caráter preventivo não pode ser vista como uma antecipação automática da pena. O acusado possui o direito de ser considerado inocente até que sua culpa seja comprovada de forma definitiva, em um julgamento justo e imparcial.

Portanto, embora a prisão de caráter preventivo venha a ser, em alguns casos excepcionais, instrumento de antecipação da pena, sua aplicação deve ser cautelosa e fundamentada em critérios objetivos. É importante equilibrar a necessidade de garantia e manutenção a ordem pública com a preservação dos direitos fundamentais do indivíduo, garantindo um processo penal justo e proporcional.

Apresenta-se o panorama deste estudo com a análise do sistema acusatório, inquisitivo e misto no primeiro capítulo. Mais adiante, analisar-se-á a ordem pública e a manutenção a prisão de caráter preventivo segundo a legislação e jurisprudência. No terceiro capítulo será elucidado sobre a prisão preventiva e a sua formação ao longo do tempo. No último capítulo será exposta a prisão preventiva como uma forma de antecipação de pena ou como uma forma de manutenção da ordem pública buscando atingir todos os objetivos traçados inicialmente neste estudo.

Como introdução ao tema em si, a prisão preventiva é inserida na legislação brasileira, além da disposição em legislação especial, a Constituição Federal do Brasil e a Constituição da República apresentar a prisão preventiva como natureza excepcional. Em legislação especial, a partir do artigo 312 do Código de Processo Penal e no artigo 213 do Código de Processo Penal Português – artigo que aborda as revisões sobre o tema da prisão preventiva – e trata-se de um instituto que pode ser visto como um conceito vago, fluído e que pode ensejar a discussão sobre uma custódia prematura. No entanto, há duas argumentações que são inerentes ao próprio instituto: a primeira que se insere como justificativa para a prisão preventiva como forma de garantir a ordem pública, enquanto outra argumentação no sentido de que se trata de uma antecipação de pena e que precisa ser mais bem avaliada pelos juristas.

Neste sentido, apresentar-se-á quais são os argumentos utilizados para que se mantenha a prisão preventiva nos casos concretos e sobre a condução da matéria acerca da ordem pública no ordenamento, e dessa forma, utiliza-se como disposição essa contraposição entre os dois argumentos apresentados.

Estudar-se-á essa seara de estudo em Direito e Processo Penal sobre a prisão preventiva, se correlacionando com o Direito Constitucional quanto às garantias fundamentais e processuais do acusado, bem como a construção que é determinada para a construção do tema, retrata uma disposição necessária para a seara jurídica a fim de entender como é a abordada a prisão preventiva, sua gravidade e as garantias que devem ser atreladas ao acusado.

O estudo tem a metodologia para o desenvolvimento da produção acadêmica e intelectual sob a utilização do método hipotético-dedutivo, considerando que a pesquisa será demonstrada e escrita com base no levantamento bibliográfico material, e no que consiste, a formulação de conceitos iniciais, como os direitos fundamentais e as garantias processuais, bem como o sistema acusatório, inquisitório e misto, de forma que se mostrará as premissas básicas, bem como os conceitos mais elaborados de argumentação e documentais, referindo-se à pesquisa legislativa e jurisprudencial, além de informações que permitam listar as entidades que coletam os dados dos presídios.

A prisão em caráter preventivo está estabelecida no Código de Processo Penal e possui requisitos para que sejam observados durante todo o trâmite processual, principalmente no momento de sua realização ao acusado. Nesta seara, verifica-se que alguns dos requisitos, por alguns juristas, podem ser vistos como inconstitucionais dado que estes alegam que a prisão em caráter preventivo contradiz princípios básicos da legislação, tais como a presunção de inocência, a ampla defesa, o contraditório e o bom decorrer do processo legal.

Como um dos requisitos, é visto o *periculum libertatis*, consistindo no perigo que decorre de o sujeito estar em estado de liberdade, face a possibilidade de detrimento da ordem pública por tal ato, e por essa razão, um dos argumentos para se manter a prisão em caráter preventivo, é o perigo da pessoa estar em liberdade durante o trâmite processual penal.

O tema se volta ao sentido de que as medidas cautelares na prisão penal no Brasil são dispostas não somente como uma destinação para “fazer justiça”, mas sim, com o escopo para garantir o normal fundamento da justiça e que conceda a possibilidade de o processo penal ter o conhecimento do processo de forma clara e sem a interferência do acusado em outras searas.

A manutenção da ordem pública é vista como um dos fundamentos da legislação processual penal com a possibilidade de autorizar, na prática, o decreto da prisão em caráter preventivo, no entanto, há argumentos que se percebem que pode ser visto como uma antecipação da pena, e caso tenha uma sentença absolutória, como pode prosseguir a pessoa depois dessa prisão preventiva. O questionamento do presente estudo busca trazer o panorama processual e constitucional relacionado, considerando os direitos fundamentais, e as margens de interpretação que existem na produção acadêmica.

1 SISTEMA ACUSATÓRIO E INQUISITIVO

Segundo o número de presos no Brasil exposto pela pesquisa da Pastoral Carcerária¹ em 2022 o país alcançou a marca quase um milhão de presos. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça², o país tinha 919.393 até junho de 2022. O sistema carcerário brasileiro e diversos outros movimentos de defesa dos Direitos Humanos trazem posicionamentos sobre a superlotação carcerária.

A problemática que foi enfrentada entre 2020 até 2022 sobre serem pessoas cada vez mais vulneráveis à COVID-19 em razão do alto número de presos dentro de uma única cela, entre outras problemáticas também tiveram maiores atenções durante o período³. Em Portugal, em 2021⁴, o número total de reclusos era de 11.588 indivíduos⁵. Inclusive nesse panorama brevemente apresentado, é preciso, antes de trazer à tona a justificativa sobre a prisão em caráter preventivo como ferramenta para a garantia e manutenção da ordem pública, entender, de fato, como funciona a sistemática processual.

No sistema processual penal há a discussão sobre como são utilizados os procedimentos que o Poder Judiciário se utilizará para que se garanta um processo judicial e penal de forma que se acuse, julgue e recolha provas necessárias sobre um possível crime. No sistema brasileiro há uma discussão acerca da classificação do processo penal brasileiro: acusatório, inquisitivo ou misto?

¹ PASTORAL CARCERÁRIA. *Número de presos no Brasil ultrapassa 900 mil: a quem serve o encarceramento em massa?* [S.l.]: Pastoral Carcerária. Publicado em 8 jun. 2022, [s.p.]. Disponível em <https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/numero-de-presos-no-brasil-ultrapassa-900-mil-a-quem-serve-o-encarceramento-em-massa>. Acesso em 14 dez. 2022.

² Idem.

³ “A pandemia de Covid-19 veio escancarar a histórica existência da desigualdade social. [...] o coronavírus, em si, não discrimina, não escolhe entre a melhor vida apta ao salvamento ou aquela não passível de luto. Somos nós que estabelecemos linhas de corte e distinguimos quais frentes de atuação servem a determinadas populações e territórios. Para uns (umas), políticas de vida. Para outros(as), políticas de morte. Quem são os uns e quem são os outros? Quem são as umas e quem são as outras?” (COSTA, Jaqueline Sérgio da (et al.). *COVID-19 no sistema prisional brasileiro: da indiferença como política à política de morte*. São Paulo: Psicologia e Sociedade, vol. 32, 2020, p. 12-13. Disponível em

<https://www.scielo.br/j/psoc/a/Jrx9BspBkMmvfLbTTLJLk9D/?lang=pt&format=html>. Acesso em 16 jan. 2023).

⁴ FUNDAÇÃO FRANCISCO MANUEL DOS SANTOS. *Reclusos: total e em prisão preventiva*. [S.l.]: PORDATA – Estatísticas sobre Portugal e Europa, dez. 2022. Disponível em <https://www.pordata.pt/portugal/reclusos+total+e+em+prisao+preventiva-269>. Acesso em 14 dez. 2022.

⁵ Muito interessante o gráfico exposto pela Fundação Francisco Manuel dos Santos com uma projeção de 1960 a 2021 sobre o número de indivíduos encarcerados e que demonstra que em 1960 eram 8.418 presos e em 2021, 11.588 pessoas no sistema carcerário. O que isso demonstra que não houve um aumento considerável de pessoas presas no país e que também pode ser o indicativo de outros índices sociais importantes, como criminalidade, educação, saúde, dentre outros (FUNDAÇÃO FRANCISCO MANUEL DOS SANTOS. *Reclusos: total e em prisão preventiva*. [S.l.]: PORDATA – Estatísticas sobre Portugal e Europa, dez. 2022. Disponível em <https://www.pordata.pt/portugal/reclusos+total+e+em+prisao+preventiva-269>. Acesso em 14 dez. 2022).

Este capítulo, portanto, abordará a menção da produção e revisão bibliográfica e legislativa sobre o Processo Penal no Brasil e em Portugal sobre o enquadramento entre o sistema inquisitivo, acusatório ou misto e a possibilidade de existir resquícios de um dos tipos de sistema nos demais ao se estudar a fundo as formas de se enquadrar a sistemática. Resquícios esses inquisitivos sobre um sistema acusatório, assunto este mais bem discutido no capítulo três.

O sistema acusatório e inquisitório são dois modelos de sistema de justiça penal que podem ser encontrados em diferentes países, incluindo Brasil e Portugal que são locais de estudo nesta tese.

O sistema acusatório é baseado em uma estrutura em que as funções de acusar, defender e julgar são separadas e desempenhadas por diferentes atores do processo penal. Para este tipo de sistema, o Ministério Público (MP) ou outra instituição acusatória é responsável por investigar e acusar os suspeitos, enquanto a defesa e o julgamento ficam a cargo de um juiz imparcial. O juiz atua como um terceiro imparcial, responsável por decidir com base nas provas e argumentos apresentados pelas partes envolvidas. O sistema acusatório busca garantir a igualdade de armas entre acusação e defesa, evitando que o juiz exerça um papel ativo na busca pelas evidências e na formação da acusação.

Por outro lado, o sistema inquisitório é caracterizado pela concentração das funções de investigar, acusar e julgar em uma única autoridade, geralmente um juiz. Nesse modelo, o juiz tem um papel mais ativo no processo penal, conduzindo a investigação, coletando as provas e tomando decisões tanto sobre a acusação quanto sobre a condenação. No sistema inquisitório, a figura do juiz é mais proeminente, e a defesa tem um papel mais limitado, dado que a autoridade exercida pela figura do juiz detém um controle mais intenso do processo e de seu respectivo desenrolar.

Entende-se que, no Brasil, adota-se principalmente o sistema acusatório, previsto na Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal. Porém, destaca-se que a realidade prática nem sempre reflete integralmente os princípios do sistema acusatório, havendo momentos em que características do sistema inquisitório ainda estão presentes, como será apresentado.

Já em Portugal, o sistema adotado é um misto de características acusatórias e inquisitórias. O processo penal português possui elementos de ambos os sistemas, com uma maior ênfase no papel investigatório do juiz, embora também exista mecanismos para a que a acusação e a defesa também façam parte do processo.

Em suma, enquanto o sistema acusatório busca a separação de funções e a igualdade de defesas processuais, o sistema inquisitório confere ao juiz um papel mais ativo na condução do processo. Ambos os sistemas têm suas características e impactos distintos na forma como a justiça penal é administrada, e cada país pode adotar variações desses modelos pelas suas próprias tradições e legislações.

Esse primeiro capítulo se faz de extrema importância em verificar como que se entende e se processam os crimes e porque a prisão em caráter preventivo ainda precisa muito ser discutida na pesquisa acadêmica, na doutrina, jurisprudência e, possivelmente, em uma alteração ou melhorias legislativas a fim de se evitar os danos sociais que podem ocasionar caso se perceba a superlotação carcerária como resultado do uso errôneo da prisão em caráter preventivo.

Khaled Jr.⁶ afirma que se aborda a problemática em se caracterizar o sistema processual brasileiro se faz, inicialmente, definir o que é o sistema processual, considerando que o atual sistema é formado pela junção de distintos regulamentos processuais penais, com a possibilidade de apresentar tanto características acusatórias como inquisitórias. O sistema acusatório, como será visto, o processo é público, possui um juiz árbitro que seja imparcial, que motive suas decisões, além de permitir a gestão de provas nas mãos das partes, permitindo o respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. A investigação, neste sistema, é sigilosa. Por outro lado, o sistema inquisitório se caracteriza pelo comportamento parcial do juiz, dado que se permite a função simultânea de acusação e julgamento.

A discussão é básica: há a possibilidade de se estabelecer um sistema processual penal baseado no acusatório, de fato, é aquele que melhor respeita os direitos e garantias constitucionais, bem como, as disposições processuais, como o contraditório e a ampla defesa. No entanto, alguns concordam que há traços do sistema inquisitorial, principalmente dentro da análise doutrinária no Brasil, cabendo um paralelo entre ser possível ou não definir a sistemática brasileira ou se essa tem uma abordagem mista e única.

A diferença básica entre esses sistemas é que um é predominantemente democrático, enquanto o outro, é um sistema inquisitório dado às práticas que, atualmente, são consideradas como punitivas e autoritárias. Resumindo o que existe atualmente no Brasil dentro da sistemática nacional é que há uma etapa preliminar, isto é, no caso, o inquérito policial, que possui caráter inquisitório e, mais adiante, quando aportado à fase processual, há a acusação,

⁶ KHALED JR., Salah Hassan. *O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório?* Porto Alegre: Civistas, vol. 10, n. 2, mai./ago. 2010. Disponível em <https://www.redalyc.org/pdf/742/74221650008.pdf>. Acesso em 14 dez. 2022.

ou pelo menos, proposta de sistema acusatório, comportando diversos dispositivos de caráter inquisitorial e que, em decorrência, a doutrina e a produção acadêmica em tanto trabalha para trazer essa discussão de forma aberta aos questionamentos.

1.1 Sistema Inquisitivo

O sistema processual inquisitório ou inquisitivo tem excelente aderência e abordagem nas doutrinas em Direito Processual Penal brasileiro e português⁷. Importante mencionar que Lopes Jr.⁸ trata como sistema inquisitório, e, informa em seu texto que este sistema foi evoluindo paulatinamente e acompanha um modelo histórico.

Afirma o autor⁹ que esta sistemática se dá através da sobrevivência do modelo acusatório até o século XIII, o qual será analisado no subcapítulo seguinte, e neste período, ocorreram diversas transformações no âmbito político e histórico caracterizando a substituição ao longo do século XIII até o XIV do sistema acusatório pelo inquisitório.

Inquisitório já traz uma definição de se remeter à Inquisição. Segundo Silva, o termo é derivado do latim (*inquirere*), trazendo consigo sua definição inicial que seria atuar no sentido de indagar, tendo então significado semelhante a *inquiração*, e consequentemente, *inquérito*. Remetendo-se ao amplo do termo *Inquisição*, retorna-se ao tribunal e jurisdição eclesiástica desenvolvido no início do século XIII pelo Papa Inocêncio III para tratar os supostos crimes conduzidos contra a fé cristã, herética e depravação dos costumes. A Santa Inquisição, instaurada em Portugal em 1536, pelo Papa Paulo IV, teve como primeiro inquisidor-geral, Dom Diogo da Silva. O método de funcionamento destes tribunais baseava-se na denúncia e acusação por terceiros ou na própria delação crime por seus inquisidores. Tais inquisidores

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal*. [S.l.]: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 8.º, Fasc. 2.º, abr./jun. 1998, p. 199-213; SILVA, Germano Marques da Silva. *Direito Processual Penal Português- Noções Gerais - Sujeitos Processuais e Objecto*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p. 13-24; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 199 e ss. Inclusive, na doutrina de Dias, o autor tem como argumento sua obra a seguinte construção: “Devo dizer com clareza que é deste terreno que se nutre o meu próprio pensamento. O problema que hoje vos proponho é assim o de saber – e por aqui se connexionam os dois títulos da minha intervenção numa unidade de sentido – o de saber se, em que medida e sob que forma, o étimo do Estado-de-direito material pode oferecer fundamento a algumas opções dogmáticas a tomar, com vista à reconstrução de um sistema possibilitador de soluções justas e político-criminalmente oportunas, dos concretos problemas da vida que ao direito penal cumpre resolver” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal e Estado de Direito material*. [S.l.]: [s.d.], p. 40).

⁸ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 25.

⁹ Idem.

exerciam o papel de ministros que investigavam e inqueriam, sendo assim a decorrência do nome de seus cargos¹⁰.

O sistema inquisitório, portanto, traz a clareza sobre sua nomenclatura. Khaled Jr.¹¹ informa que a inquisição não apresentava relação direta com a criminalidade, pois não estava vinculado com a defesa ou a retribuição sobre o dano ao patrimônio ou à vida, mas sim, se relacionava com o desvio da relação aos dogmas da Igreja Católica, no que dispunha sobre a proliferação de possíveis crenças heréticas, no contexto do que existe na Reforma Religiosa que ocorreu no século XVI.

Assim, a Inquisição se vinculava à repressão inquisitorial que se apresenta como características específicas que possuíam a fundamentação de uma série de “verdades absolutas” que orbitavam sob os dogmas da religião da época¹². Assim, Khaled Jr.¹³ explica que sem dúvida foi um campo de abordagem sobre a envergadura considerável de se perceber que havia um conjunto de normas que eram reunidas no Manual dos Inquisidores, de Eymerich. O posicionamento de Carvalho¹⁴ é quanto à impossibilidade de se mostrar tão ingênuo ao ponto de achar que a Inquisição não tem vinculação nenhuma com o sistema processual inquisitório,

¹⁰ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico – vol. II (D – I). Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 834.

¹¹ KHALED JR., Salah Hassan. *O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório?* Porto Alegre: Civistas, vol. 10, n. 2, mai./ago. 2010, p. 295. Disponível em <https://www.redalyc.org/pdf/742/74221650008.pdf>. Acesso em 14 dez. 2022.

¹² A Inquisição Medieval foi um período marcado pela atuação da Igreja Católica Romana na Europa, especialmente entre os séculos XIII e XIV. Durante esse período, a Igreja estabeleceu tribunais eclesiais conhecidos como Inquisição para investigar, julgar e punir aqueles que eram considerados hereges ou dissidentes religiosos. A Inquisição Medieval teve origem no contexto de mudanças religiosas e sociais na Europa, incluindo o surgimento de movimentos considerados heréticos, como o catarismo e o valdismo. A Igreja, preocupada com a ameaça à sua autoridade e ortodoxia, estabeleceu os tribunais inquisitoriais para reprimir essas crenças consideradas desviantes. Os inquisidores, membros da Igreja nomeados para conduzir as investigações, tinham amplos poderes para interrogar suspeitos, coletar evidências e impor punições. Muitas vezes, as confissões eram obtidas por meio de tortura física e psicológica, e aqueles considerados culpados de heresia eram punidos com penas severas, como a prisão, confisco de bens ou até mesmo a morte na fogueira. A Inquisição Medieval teve um impacto significativo na sociedade da época, gerando medo e desconfiança generalizados. Aqueles que eram acusados de heresia viviam constantemente sob a ameaça de perseguição e punição, e a Inquisição teve um efeito repressivo sobre o livre pensamento e a liberdade religiosa na Europa. Embora a Inquisição Medieval seja frequentemente associada à Igreja Católica, é importante notar que a atuação da Inquisição variou em diferentes regiões e ao longo do tempo. A intensidade e os métodos empregados pela Inquisição também foram influenciados por fatores políticos, sociais e culturais específicos de cada localidade. A Inquisição Medieval foi um capítulo sombrio da história europeia, marcado pela intolerância religiosa, perseguição e violações dos direitos humanos. O legado desse período continua a ser objeto de estudo e reflexão até os dias de hoje. Cf. SARAIVA, Antonio José. *Inquisição e Cristãos-Novos*. Lisboa: Editorial Estampa, 1985; HELLO, Henrique. *A verdade sobre a inquisição*. Petrópolis: Vozes, 1936; SILVA, Antonio Wardison C. (et al.). *Aspectos da inquisição medieval*. São Paulo: Revista de Cultura Teológica, vol. 19, n. 73, jan./mar. 2011. Disponível em <https://revistas.pucsp.br/index.php/culturateo/article/view/15354/11470>. Acesso em 18 jul. 2023.

¹³ KHALED JR., Salah Hassan. *O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório?* Porto Alegre: Civistas, vol. 10, n. 2, mai./ago. 2010, p. 295. Disponível em <https://www.redalyc.org/pdf/742/74221650008.pdf>. Acesso em 14 dez. 2022.

¹⁴ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 6.

pois é real e coeso a fundamentação dos pressupostos lógicos e coerentes do modelo jurídico autoritário do inquisitório contemporâneo influenciado pela Inquisição.

Nessa mesma seara, o posicionamento de Nucci¹⁵ é que, durante a Idade Média, o sistema inquisitivo foi empregado com êxito, objetivando frear as relações abusivas existentes entre a aristocracia e as relações feudais, atuando tanto na relação de vassalagem, como em relação à população pobre que funcionava como mão de obra.

Destaca-se então a atitude dos monarcas na criação e do papel de juízes inquisidores, tendo estes últimos autonomia e poder para julgar e decidir, em representação aos próprios reis, os casos de ilegalidades, crimes e abusos, até mesmo desfavoráveis aos membros ricos da nobreza.¹⁶ Para Nucci¹⁷, vê-se aqui uma aplicação direta do princípio da isonomia, onde se trata de forma igualitária os iguais e desigual os desiguais. Para Nucci¹⁸, dadas as condições sociais e econômicas do contexto histórico, não seria possível uma condição de igualdade entre pobres e ricos, porém, minimizada pela atuação dos tribunais conta os indivíduos mais ricos.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 75.

¹⁶ Sobre os juízes inquisidores, algumas críticas são encontradas: A atuação dos juízes inquisidores durante a Inquisição Medieval é alvo de críticas em diversos aspectos. Abaixo estão algumas das principais críticas direcionadas a esses juízes: (i) Falta de imparcialidade: Os juízes inquisidores geralmente atuavam em nome da Igreja e tinham a missão de combater a heresia. Isso resultava em uma falta de imparcialidade, pois eles já partiam do pressuposto de que os acusados eram culpados antes mesmo do processo começar. Esse viés pré-concebido prejudicava a justiça e a equidade dos julgamentos; (ii) Uso de tortura: Os juízes inquisidores frequentemente recorriam à tortura como meio de obter confissões dos acusados. Esse método violava os princípios básicos da justiça, uma vez que as confissões eram frequentemente obtidas mediante coerção e dor extrema. A tortura era utilizada como forma de confirmar as crenças preestabelecidas pelos inquisidores, em vez de buscar a verdade ou a justiça; (iii) Ausência de garantias legais: Os acusados na Inquisição Medieval geralmente não tinham direito a uma defesa adequada, nem eram informados dos detalhes das acusações contra eles. As regras do devido processo legal eram frequentemente ignoradas, negando aos acusados o direito de confrontar as provas e testemunhas apresentadas contra eles. Isso resultava em julgamentos injustos e arbitrários; (iv) Punições desproporcionais: As penalidades impostas pelos juízes inquisidores eram muitas vezes desproporcionais aos supostos crimes cometidos. A pena de morte na fogueira era frequentemente aplicada, mesmo por delitos menores. Isso revela uma falta de proporcionalidade e humanidade nas sentenças, demonstrando um desejo de punição extrema em vez de justiça reabilitadora. (v) Influência política e social: A atuação dos juízes inquisidores também era influenciada por fatores políticos e sociais. Em muitos casos, interesses políticos e rivalidades locais afetavam as decisões dos juízes inquisidores, levando a perseguições injustas e seletivas. Aqueles que não estavam de acordo com a Igreja ou eram vistos como ameaça ao poder estabelecido muitas vezes eram alvos de perseguição. Essas críticas evidenciam a violação dos princípios fundamentais do sistema jurídico, como a imparcialidade, o devido processo legal e a proporcionalidade das penas. A atuação dos juízes inquisidores na época medieval demonstra as consequências nefastas de um sistema judicial que privilegia a perseguição e a repressão em detrimento da justiça e dos direitos humanos (FEITLER, Bruno. *A fé dos juízes: inquisidores e processos por heresia em Portugal (1536-1774)*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2022; LIMA, Lana Lage da Gama. *O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição: o suspeito é o culpado*. Curitiba: Revista de Sociologia e Política, n. 13, nov. 1999. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/vSgDrG75Lkj7C9WzXgp3xfB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 18 jul. 2023).

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 75.

¹⁸ Idem.

O motivo existente no que se vincula ao juiz inquisidor está disposto àquela figura que iria coletar as provas, requisitar provas, e dispensava testemunhas que pudesse depor, temendo represálias e sempre feito de forma sigilosa, “no escuro”, sem a publicidade com a qual se conhece atualmente. Fica-se, assim, a instrução largada à “Deus dará”, pois não se via a possibilidade de agentes pobres verem e viverem o funcionamento da justiça pelos nobres e mais afortunados¹⁹.

A história do sistema inquisitivo de fato, como já observado, advém do Direito Canônico²⁰ e com a utilização no Direito Penal Romano²¹. A partir do século XIII foi sendo utilizado e, mais adiante, foi utilizado na Europa ocidental e foi efetivamente presente nos tribunais civis até o século XVIII²². O sistema inquisitivo penal tem origens que remontam à Idade Média, como já mencionado, no entanto, ganhou destaque durante a época da Inquisição espanhola, que teve início em 1478. Durante a Inquisição, os tribunais inquisitoriais eram responsáveis pela investigação, acusação, julgamento e punição dos suspeitos. A característica central desse sistema era o poder absoluto concedido aos inquisidores, que tinham amplos poderes para coletar evidências, conduzir interrogatórios e impor sentenças²³.

Lima²⁴ elucida que o sistema inquisitório possui a função de acusar, defender e julgar, encontrando-se essas características como aquelas dispostas a uma única figura, uma única pessoa, assumindo, assim, as vestes do juiz, chamado de “juiz acusador”, ou “juiz inquisidor”. Concentrando esses poderes de acusar, defender e julgar apenas na competência do juiz passou a comprometer a imparcialidade que atualmente é utilizada como uma forma de direito fundamental no Direito Processual Penal vinculado ao Direito Constitucional²⁵.

Constrói-se, portanto, um “link” com essa dissertação de mestrado no que se refere à prisão preventiva, a antecipação de pena e as formas de se compreender a sistemática penal atualmente.

¹⁹ Idem.

²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 17.

²¹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 18.

²² LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 17.

²³ MARCOCCI, Giuseppe. *A fundação da Inquisição em Portugal: um novo olhar*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, n. 23, 2011. Disponível em <https://journals.ucp.pt/index.php/lusitaniasacra/article/view/5696>. Acesso em 18 jul. 2023.

²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 17.

²⁵ Idem.

O comentário de Lima²⁶ aponta para o caráter incompatível das funções de acusação e julgamento. O autor se apresenta extremamente crítico ao método e afirma que juiz passa a apresentar ligação psicológica de seu papel de acusador²⁷, o que decorre em detrimento dos princípios de objetividade e imparcialidade de seu julgamento.

O sistema inquisitivo está fundamentado na exclusiva figura do juiz, cabendo ao mesmo os atos de acusação, defesa e julgamento. Desta forma, conceitos atuais como o de ampla defesa e de contraditório não fazem parte do processo, cabendo tão e somente ao magistrado a persecução, a produção das provas e o estabelecimento da sentença²⁸.

Para a abordagem e definição do sistema inquisitório ou inquisitivo surge como curiosidade e necessidade de apresentar neste estudo a sua nomenclatura. Assim, é possível o uso dos dois termos: sistema inquisitivo e inquisitório, possuindo o mesmo significado e tendo seu uso empregado.

O princípio inquisitivo que é utilizado para dispor sobre as características de um sistema processual que possua traços de sistema inquisitivo, traz a divisão, ou seja, a diferença entre os direitos e as garantias individuais no que consiste ao interesse coletivo. Justifica-se a pretensão punitiva estatal possuindo o lastro da necessidade de se manter as garantias fundamentais, porém, na construção do sistema inquisitivo, as garantias fundamentais poderiam ser excessivas e desnecessárias²⁹. O que na realidade, é preciso que sejam efetivamente garantidas para existir um processo penal caminhando conforme o Estado Democrático de Direito e a constitucionalidade do processo em si.

Impende destacar as considerações de Dezem³⁰ novamente quando aborda que o sistema inquisitivo, sendo que o autor enfatiza afirmar que nesta sistemática não há a separação dos sujeitos do processo, como é utilizado no ordenamento jurídico brasileiro e no português, como será visto mais adiante – e aqui, insta mencionar, mais no Direito Penal de Portugal do que no Brasil –, e neste sistema, o juiz acumula as funções de perseguidor, acusador e juiz.

Ao sistema inquisitivo recaem algumas características que também são utilizadas na doutrina. Lopes Jr.³¹ traz à tona o papel do juiz na gestão das provas, dada que esta função é

²⁶ Idem.

²⁷ Grinover, neste mesmo sentido, informa que: “Tanto no processo penal quanto no civil a experiência mostra que o Juiz que instaura o processo por iniciativa própria acaba ligado psicologicamente à pretensão, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela. Trata-se do denominado processo inquisitivo, o qual se mostrou sumamente inconveniente pela constante ausência de imparcialidade do Juiz” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 58).

²⁸ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 54.

²⁹ Idem.

³⁰ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 18.

³¹ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 26.

uma das fundamentais no procedimento, prejudica ainda mais pela duplicidade nas funções de acusação e julgamento, característica intrínseca deste sistema.; atenta ainda para a violação do princípio *ne procedat iudex ex officio*, isto é, no caso do juiz agir de ofício para determinada situação; além de questões como a inexistência da aplicação do princípio da ampla defesa e do contraditório, a possível parcialidade do julgamento e a decorrência de condições desiguais de armas e oportunidades³².

Nucci³³ destaca que o sistema inquisitivo possui seu lado positivo e outro negativo, pois apresentou diversas falhas em se garantir os direitos fundamentais e princípios em Direitos Humanos hoje vinculados ao Direito Penal e Direito Processual Penal. Na opinião do autor³⁴, havia um lado positivo para a sociedade na época, no entanto, ao observar sob a ótica atual voltada para os direitos fundamentais, humanos e garantias processuais, possui falhas e abusos, sendo que um dos principais custos que esse sistema despende é aquele voltado para a herança que o sistema inquisitivo possui sobre a Inquisição promovida pela Igreja e na “cata de hereges”. A Inquisição utilizou-se de argumentos que seriam em combater os hereges, mas que, no fundo, esquece-se das injustiças sociais, promoveu uma “caça às bruxas” e desrespeita-se a população e as pessoas mais pobres da época sem que possuíssem qualquer sistemática ou possibilidade de defesa³⁵.

Pelos posicionamentos acima expostos, o sistema inquisitório foi modificado e criticado durante a Revolução Francesa. Tais mudanças tinham como objetivo impedir uma

³² Explica-se que A violação do princípio "*ne procedat iudex ex officio*" ocorre quando o juiz age de ofício, ou seja, toma decisões ou realiza atos processuais sem que haja requerimento ou pedido expresso das partes envolvidas no processo. Esse princípio é uma garantia fundamental do devido processo legal e está relacionado ao sistema acusatório, onde as partes têm o direito de apresentar suas alegações e requerimentos, cabendo ao juiz a função de decidir com base no que é trazido pelas partes. Quando o juiz age de ofício, sem que haja provocação das partes, isso pode levar a uma quebra da imparcialidade do magistrado e à possibilidade de ele assumir um papel ativo no processo, indo além do seu papel de árbitro imparcial. A violação do princípio "*ne procedat iudex ex officio*" pode ocorrer de diversas formas, como quando o juiz inicia diligências, solicita provas, altera a acusação ou a defesa sem solicitação das partes, ou mesmo quando decide pontos processuais ou de mérito sem que haja pedido específico das partes. Essa violação pode comprometer o equilíbrio processual e a igualdade das partes, afetando o direito de defesa e o contraditório, uma vez que as partes não tiveram oportunidade de se manifestar ou se preparar adequadamente para lidar com as questões trazidas pelo juiz. Para preservar a imparcialidade e o devido processo legal, é fundamental que o juiz atue dentro dos limites estabelecidos pelas partes, respeitando os pedidos e requerimentos feitos por elas, garantindo assim a igualdade de tratamento e a justiça no processo penal (Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *habeas corpus* nº 102.457 SP 2018/0223940-7). Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 19 out. 2018. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802239407&dt_publicacao=19/10/2018. Acesso em 18 jul. 2023).

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 75.

³⁴ Idem.

³⁵ Idem.

série de ferramentas, atitudes e instrumentos que sequer eram tidas como crimes até este momento³⁶.

No sistema inquisitório, permite-se ao juiz em ofício o requerimento de colheita de provas, tanto ao longo da investigação como já durante o processo penal³⁷. Prado³⁸ destaca a negatividade de tal característica ao afirmar que o juiz pode introduzir ou substituir provas no processo que sequer foram consideradas ou relevadas pela acusação. Sendo assim, acaba por fazer a fundamentação de seu julgamento em provas que ele próprio incorporou ao processo, pré-julgando que as mesmas teriam importância para a definição do caso. Tal fato acaba por favorecer a parcialidade do juiz e de mantê-lo distantes dos interesses das partes³⁹.

Acerca das provas, é preciso considerar que a definição do sistema processual de um determinado ordenamento se baseia, portanto, na forma que elas são coletadas e informadas ao longo de todo o processo penal, antecedente e corrente. Sobre o ordenamento brasileiro: “[...] inobstante as alterações ocorridas no decorrer dos anos no Código de Processo Penal, o que faz definir se o mesmo é inquisitório ou não, é o seu núcleo fundante, ou seja, em como se dá o gerenciamento das provas, e ainda, se há ou não aglutinação de funções. O que se nota através do Código Penal Brasileiro, é que o juiz não é um mero expectador do processo, mas um sujeito que além de atuar expressivamente nele, também tem domínio sobre a gestão das provas.”⁴⁰

³⁶ Silva e Pétta informam: “O sistema inquisitivo foi então substituído pelo sistema Misto que surgiu após a Revolução Francesa, unindo características dos dois sistemas, sendo uma primeira fase inquisitiva, pois a investigação é secreta e a segunda fase contraditória admitindo-se o exercício do direito de defesa” (SILVA, Rogério Rodrigues da; PÉTTA, Ana Paula de. *A iniciativa instrutória do juiz no inquérito policial e na instrução criminal*. Suzano: Revista Interfaces, ano 2, n. 2, out. 2010, p. 80. Disponível em http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170419174801.pdf. Acesso em 15 dez. 2022).

³⁷ Assim: “O sistema Inquisitório começou a ser deposto das órbitas processualistas a partir do século XIX, momento em que a Revolução Francesa e os movimentos iluministas passaram a introduzir postulados de valorização e maximização do homem para sociedade, eliminando aos poucos as características inquisitórias do processo penal [...]”, no entanto, essa figura do juiz em solicitar provas ainda existe no ordenamento jurídico brasileiro, como será visto mais a frente neste estudo. Ainda há a consideração: “Logo, se o processo penal, tem por objetivo o acerto de um caso penal, o qual é decidido com base nas provas, resta nítido que o sistema processual penal pode ter distinguido qual o seu princípio unificador com base no elo principal que determina a sua concretização, ou seja, em como se dará o gerenciamento das provas. Desta forma, por meio do sistema processual penal adotado por um Estado, é que se estabelece a instrumentalização do Direito Processual Penal aplicado” (BOULHOSA, Bruna Edwirges Cunha; DUARTE, Kaique Campos; ATHIAS, Arianne Brito Cal. *Mutatio Libelli*: uma releitura de sua compatibilidade em face ao ordenamento constitucional e o sistema acusatório brasileiro. Lisboa: RJLB, ano 5, n. 4, 2019, p. 388-390. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/4/2019_04_0387_0420.pdf. Acesso em 15 dez. 2022).

³⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 218.

³⁹ Idem.

⁴⁰ BOULHOSA, Bruna Edwirges Cunha; DUARTE, Kaique Campos; ATHIAS, Arianne Brito Cal. *Mutatio Libelli*: uma releitura de sua compatibilidade em face ao ordenamento constitucional e o sistema acusatório brasileiro. Lisboa: RJLB, ano 5, n. 4, 2019. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/4/2019_04_0387_0420.pdf. Acesso em 15 dez. 2022. p. 399.

Para Lima⁴¹, é objetivo da coleta e gestão de provas a reconstrução dos fatos a fim de permitir que se estabeleça verdade. Estando esta primeira exclusivamente em poder do juiz, tendo a prova do fato e parametrizando pela lei, o mesmo é capaz de concluir o que bem desejar. O autor erige como questionamento sobre a efetividade da prestação jurisdicional e da garantia processual para as pessoas quando se aborda sobre esse tipo de sistemática penal. Para ele, o réu fica completamente sujeito ao processo, tornando-se muito mais um mero objeto do processo do que um lado detentor de direitos. Por este sistema, os interesses coletivos se sobrepõem aos interesses do indivíduo⁴².

Como posicionamento aqui, é preciso inserir, realmente o sistema inquisitivo não se faz possível a ser aplicado em um Estado Democrático de Direito, se há a mistura entre a figura daquele que acusa e julga, traz à tona a dificuldade de se manter os princípios, fundamentos e instruções que são abordadas sobre a dignidade da pessoa humana, o contrário e a ampla defesa. Também vai contra outras informações em Direitos Humanos Internacionais⁴³. A prisão preventiva no Brasil é possível ser decretada durante o inquérito policial. O inquérito policial, como será visto também, traz um traço de sistema inquisitivo no Brasil, pois não há uma figura diferente daquele que acusa – e pede a prisão preventiva – e aquele que recolherá e produzirá as provas.

O que se inclui no escopo deste estudo é que a prisão preventiva, quando analisada em relação ao sistema inquisitivo, pode levantar algumas críticas e preocupações. Vou apresentar algumas delas, como a violação do princípio da presunção de inocência: A prisão preventiva, ao privar alguém de sua liberdade antes do julgamento e da condenação definitiva, pode ser

⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 18.

⁴² ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 54.

⁴³ Como é o caso das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, chamadas também de Regras de Mandela utilizada e aplicada na África do Sul, Argentina, Áustria, Brasil, Chile, El Salvador, Equador, Estados Unidos, França, Itália, Líbano, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Polônia, Tailândia e Uruguai. Conforme seu preâmbulo: Guiada pelos propósitos principais das Nações Unidas, proclamados no Preâmbulo da Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal de Direitos Humanos,¹ e inspirada na determinação de reafirmar a crença nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana, sem distinção de qualquer tipo, e nos direitos iguais dos homens e das mulheres e de nações grandes e pequenas, para estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações advindas de tratados e outras fontes de direito internacional possam ser observadas e para promover o progresso social e melhorar os padrões de vida com maior liberdade, Recordando todos os padrões e normas sobre prevenção ao crime e justiça criminal desenvolvidos por solicitação da Comissão sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal e adotados ou recomendados pela Assembleia Geral, ou adotados pelo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Tratamento de Infratores, e reconhecendo que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é uma fonte de inspiração para os padrões e normas sobre prevenção ao crime e justiça criminal [...]” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Mandela – Regras mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Brasília: República Federativa do Brasil, Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 15. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso em 15 dez. 2022).

vista como uma antecipação da pena, o que viola o princípio fundamental da presunção de inocência. No sistema inquisitivo, em que o juiz desempenha um papel ativo na busca pelas evidências e na determinação da culpa, a prisão preventiva pode ser usada como uma ferramenta de pressão para obter confissões e prejudicar a defesa.

Mais adiante, surge como preocupação a desigualdade de armas e assimetria de poder. No sistema inquisitivo, o juiz tem um papel mais proeminente, o que pode resultar em uma relação assimétrica de poder entre a acusação e a defesa. A prisão preventiva pode acentuar essa desigualdade, uma vez que o acusado é privado de sua liberdade enquanto aguarda o julgamento, o que pode dificultar a preparação adequada da defesa e limitar o acesso a recursos e informações necessárias para contestar as acusações.

Pode também se correlacionar com o uso de coerção para obtenção de confissões. No sistema inquisitivo, onde o juiz tem maior controle sobre a investigação, a prisão preventiva pode ser usada como uma forma de coerção para obter confissões dos acusados. A privação da liberdade pode criar um ambiente de pressão psicológica e física, o que pode levar o acusado a confessar crimes que não cometeu.

Por fim, a preocupação pauta-se no uso indiscriminado e abusivo. A prisão preventiva, quando aplicada de forma indiscriminada e abusiva, pode se tornar uma ferramenta de perseguição e opressão. No sistema inquisitivo, onde o juiz tem poderes amplos e discricionários, há o risco de que a prisão preventiva seja utilizada de forma injusta e arbitrária, sem uma fundamentação sólida e objetiva.

Essas críticas ressaltam a importância de se equilibrar o poder estatal de restringir a liberdade individual com os direitos fundamentais do acusado. É necessário garantir que a prisão em caráter preventivo seja uma medida excepcional, baseada em critérios objetivos e estritamente necessária para garantir a ordem pública e a aplicação da lei, evitando abusos e assegurando um processo justo e equitativo.

Assim, questiona-se: é possível ser decretada a prisão em caráter preventivo fundamentando-se na garantia da aplicação, na manutenção da ordem pública ou para o bom andamento da instrução criminal, porém, é preciso discutir aqui se essa ordem pública se vincula a que, especificamente? E como pode ser definida para buscar entender essa plausibilidade ou não no argumento de ordem pública para manutenção da prisão preventiva. Dessa forma, o que se discute aqui é que, aceitando a sistemática brasileira como uma sistemática mista, com traços de sistema inquisitório e traços de sistema acusatório, a prisão preventiva se volta para o escopo do problema principal em verificar se é possível manter a

prisão preventiva decretada sob o embasamento legislativo para que se preserve a ordem pública.

Por vezes, vê-se o sistema inquisitivo como rigoroso, implementado de maneira secreta e descontrolada a prática da tortura como ferramenta probatória para a coleta de depoimentos e confissões, dado que, neste caso, não há o respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório⁴⁴.

Prado⁴⁵ critica este tipo de sistema ressaltando a imparcialidade quando se analisa o contraditório e a figura que se confunde entre julgador e acusador: “A alteração da acusação equivale à alteração do pedido e da causa de pedir da ação penal, caso se queira trabalhar com categorias herdadas do processo civil, e a implementação da alteração da acusação representa modificação de elementos capitais da ação, direito do autor. Ao fazê-lo, isto é, ao se permitir que o juiz altere o teor da acusação, na verdade o que ocorre é que se admite que o juiz revolva a substância do direito da parte, que não lhe pertence [...]. Um contraditório porventura instaurado nestes termos é irreal, pois não há reação possível se o ato de conformação da acusação não parte do adversário, mas do julgador, ou, de outra maneira, se o julgador se transforma em adversário.”⁴⁶

Conforme explana Lopes Jr.⁴⁷, tal modelo passa a ser abandonado após a Revolução Francesa. Neste período, brotam conceitos que mais respeitam e valorizam o homem, além de uma inicial reflexão a respeito dos princípios do processo penal por parte dos movimentos filosóficos que surgem na época, e que servem como base para um sistema misto em prática até os dias atuais.

Para finalizar a análise, Lima⁴⁸ traz sua construção ao dizer que o sistema inquisitorial, no seu todo, não é processo mal, mas que relembra e lembra a todo momento o uso da tortura. No entanto, ainda pode ser revisto como um sistema para os mais pobres: “O caráter inquisitorial do sistema penal encontra sua justificativa na proteção das camadas menos favorecidas da população as quais, num sistema acusatorial, teriam receio de acusar publicamente os poderosos [...]. O sistema processual assume, assim, o ‘lado’ hierárquico, não igualitário da sociedade brasileira [...] investindo-se os magistrados em uma postura de inimigos

⁴⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 18.

⁴⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 233.

⁴⁶ Idem, p. 233.

⁴⁷ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 26.

⁴⁸ LIMA, Kant. *Ordem pública e pública desordem*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Anuário Antropológico nº 88, 1991, p. 21-25. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7396647>. Acesso em 23 jan. 2023.

dos ‘barões’ e do ‘clero’, a quem tradicionalmente pertenciam as cortes feudais, antes da predominância ou exclusividade da adjudicação estatal [...]. Recusam os magistrados, inclusive, a qualificação de ‘amigos do rei’, a eles atribuída pela Revolução Francesa, e que motivou o controle do Legislativo - do ‘povo’ - sobre suas atividades [...].”⁴⁹

Informa ainda Lima que a tradição processual do Brasil recusa o modelo igualitário do *jury* que é utilizado nos Estados Unidos, no entanto, ainda se faz importante notar que desde o Império se adota o *due process of law*, semelhança essa atrelada ao modelo anglo-americano, que decidiram, em comum acordo, os liberais e os conservadores, sendo que o povo brasileiro não iria se adequar à instituição do *jury* pela “incapacidade de proferir julgamento adequados”, no entanto, ninguém pensou em adotar os defeitos que esse instituto possui⁵⁰.

Logo a seguir, será abordado sobre o sistema acusatório e as suas configurações.

1.2 Sistema Acusatório e suas configurações

O sistema penal acusatório difere do sistema inquisitório por não ter a figura do juiz como acumulador dos papéis de acusação e julgamento. O sistema acusatório vem em uma diagramação diferente.

O sistema acusatório penal propõe a organização do processo penal baseando-se na separação de funções entre as partes envolvidas – acusação, defesa e julgamento – com o objetivo de garantir um processo justo e equilibrado. Nesse sistema, as partes têm papéis distintos e independentes, contribuindo para o estabelecimento da verdade e a busca pela justiça.

No sistema acusatório, a acusação é responsável por apresentar as alegações e provas contra o acusado, enquanto a defesa tem o direito de rebater as acusações e apresentar suas próprias provas e argumentos em favor do réu. O juiz desempenha o papel de um terceiro imparcial, responsável por tomar decisões com base nas evidências e argumentos apresentados pelas partes, garantindo o cumprimento das leis e dos direitos fundamentais.

Essa separação de funções busca assegurar a igualdade de anteparos entre a acusação e a defesa, evitando que o juiz assuma um papel de protagonismo ou de parte interessada no resultado do processo. O sistema acusatório valoriza a independência dos atores envolvidos, a oralidade, a ampla defesa e o contraditório como pilares essenciais para um julgamento justo.

⁴⁹ Ibidem, p. 37.

⁵⁰ Idem, p. 37.

A adoção do sistema acusatório é considerada uma salvaguarda contra abusos de poder e violações dos direitos dos acusados, uma vez que promove o equilíbrio e a imparcialidade ao decorrer do processo. Além disso, esse modelo busca evitar a influência política ou social sobre o julgamento, garantindo que as decisões sejam baseadas em provas e argumentos juridicamente válidos.

Embora o sistema acusatório seja amplamente aceito em muitos sistemas jurídicos contemporâneos, a realidade prática nem sempre reflete integralmente seus princípios, como já viemos neste texto destacar. Em alguns casos, características do sistema inquisitivo ainda podem estar presentes, o que reforça a importância de se buscar aprimoramentos e garantir a efetiva aplicação do sistema acusatório na prática jurídica.

Pacelli⁵¹ traz o entendimento de que o sistema acusatório é aquele em que as figuras presentes na persecução penal são representadas por indivíduos ou personalidades distintas, sendo iniciado somente após o ato acusatório.

Lopes Jr.⁵² define o sistema processual constitucional penal sobre a vertente acusatória tem como caracterização a distinção entre funções de acusação e julgamento. O juiz, nesta sistemática, está na posição de inércia, apenas aguardando a provocação da jurisdição. As partes provocam o judiciário para que este, a partir de uma iniciativa de provas emanadas pelas partes, irá analisá-las e julgá-las. O caráter imparcial do juiz não está “solto”. Precisarão vincular suas decisões a partir da motivação da sua decisão final, mas, concomitantemente, ele deve se manter isolado das investigações e não interferir no processo de colheita das provas. Disponibiliza-se para apreciação de provas aquilo que foi colhido, comprovado, e apresentado pelas partes. Há a preocupação de garantir a igualdade de tratamento e evitar a ocorrência de injustiças no decorrer do processo.

O atual sistema processual constitucional estipula que o sistema acusatório é caracterizado por uma clara distinção entre as funções de acusação e julgamento; cabe às partes darem início ao julgamento, a chamada inércia de jurisdição. E neste passo, a iniciativa da prova deve partir das partes. O papel do juiz é de terceiro imparcial, irrelevante para a investigação e passivo na coleta de provas, informando-o sobre o que as partes decidirem provar; todas as partes serão tratadas igualmente sem potencial injustiça no ordenamento jurídico⁵³.

É um fenômeno que surge perante essa separação clara entre julgador e acusador, entre o juiz e o Ministério Público. Mantém-se a liberdade de acusar no sistema acusatório, de

⁵¹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 19.

⁵² LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 26.

⁵³ Idem.

reconhecer os direitos do ofendido e de qualquer cidadão; há um sistema de produção probatória gratuita; prevalecem o princípio da igualdade e da liberdade de defesa; a rejeição por parte dos juízes; geralmente existe uma participação mais popular na justiça criminal. E, principalmente, toma-se como item fundamental a liberdade do acusado⁵⁴.

Assim, o sistema acusatório difere do inquisitório, partindo do estabelecimento de duas figuras distintas, uma julgadora e outra acusadora, promovendo a igualdade entre as partes e a livre produção de prova. Observa-se então que a distribuição de poder e a dinâmica entre as partes são duas características chaves para a distinção entre estes dois sistemas

No sistema acusatório, como está sendo visto, traz as funções de acusar, defender e julgar sendo elas separadas e desempenhadas por atores distintos. A acusação é responsável por apresentar as alegações e provas contra o acusado, enquanto a defesa tem o direito de rebater as acusações e apresentar suas próprias provas e argumentos. O juiz atua como um terceiro imparcial, responsável por decidir com base nas provas e argumentos apresentados pelas partes.

Essa separação de funções tem como objetivo principal garantir um processo justo e equilibrado, evitando concentração de poder e assegurando a igualdade de armas entre a acusação e a defesa. A busca pela verdade e a justiça são resultado do confronto das partes e do contraditório.

Por sua vez, o sistema inquisitório traz as funções de acusar, defender e julgar de forma a serem concentradas em uma única autoridade, geralmente um juiz. Nesse modelo, o juiz assume um papel mais ativo na condução do processo, sendo responsável pela investigação, coleta de provas, acusação e tomada de decisões. A defesa tem um papel mais limitado, uma vez que a autoridade judicial possui maior controle sobre a condução do processo.

No inquisitório, a obtenção da verdade é vista como responsabilidade do juiz, que pode realizar diligências e coletar provas de forma independente. Esse modelo pode ser mais eficiente em termos de investigação, mas também aumenta o risco de abusos e violações dos direitos dos acusados, uma vez que o juiz possui maior discricionariedade e pode ter influências pessoais e subjetivas em suas decisões.

Em suma, a principal diferença entre o acusatório e o inquisitório reside na distribuição de poder e na dinâmica entre as partes. Busca-se no acusatório a separação de funções e a igualdade de armas, enquanto o sistema inquisitório concentra maior poder nas mãos do juiz, podendo afetar a imparcialidade e a justiça do processo.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 76.

Conforme ressalta Lima⁵⁵, ocorre uma separação clara entre acusação, defesa e julgador, aplicando, logicamente, os princípios e fundamentos presentes no Estado Democrático de Direito e, ainda, o princípio da presunção da inocência.

Como destacam Alencar e Távora⁵⁶, o sistema acusatório tem sua origem no direito da Grécia antiga.

Explica Carvalho⁵⁷ que a grande mudança ocorrida no Processo Penal na História, de fato, foi a superação do procedimento acusatório que era utilizado até o século XVII e, no Direito Romano reinstaurado, foi ressuscitado o *corpus iuris civilis* de Justiniano no século XII⁵⁸. A Igreja instigou a formalização e a mudança processual para o modelo inquisitório. As vantagens estavam apontadas como: denúncias públicas e restritas somente à vítima ou à família; responsabilidade do acusador eliminada, e a desnecessidade de existir uma identificação do acusador; a condenação somente seria possível quando as provas fossem conclusivas com a culpabilidade; e houve o redimensionamento do uso da tortura para obter confissões dos autores e coautores. No entanto, o que se preza aqui é a modificação, novamente do sistema acusatório para o inquisitório, do inquisitório para a nova modelagem do acusatório.

Explica-se que realmente não há uma relação de precedência entre dois sistemas, sendo que a origem do processo acusatório é ancestral, de forma a remontar à Grécia e ao final da

⁵⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 18.

⁵⁶ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 55.

⁵⁷ CARVALHO, Salo de. Da construção do Modelo Jurídico Inquisitorial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org). *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Revista e Ampliad. Del Rey, 2004, p. 259.

⁵⁸ Explica-se que o *Corpus Iuris Civilis*, também conhecido como Código de Justiniano, é uma coleção de leis que marcou um importante marco na história do direito romano e exerceu uma influência significativa no desenvolvimento do direito civil em todo o mundo. Foi compilado no século VI pelo imperador bizantino Justiniano I. O termo "*Corpus Iuris Civilis*" significa "Corpo do Direito Civil" em latim. O conjunto de leis é composto por quatro partes principais: o Código (Codex), as Institutas (Institutiones), as Digestas (ou Pandectas) e os *Novellae Constitutiones* (ou Novelas). Essas partes são complementares e visam proporcionar uma abrangente e sistemática codificação do direito romano. O Código contém leis imperiais que foram promulgadas durante o reinado de Justiniano, estabelecendo normas para a administração do Império Bizantino. As Institutas são um manual introdutório ao estudo do direito, destinado aos estudantes de direito, e fornecem uma visão geral dos conceitos e princípios legais. As Digestas são uma compilação de citações e extratos de obras de juristas romanos clássicos, organizados por temas. Elas são consideradas uma importante fonte de jurisprudência e oferecem insights sobre a interpretação e aplicação das leis romanas. Por fim, as Novelas são leis promulgadas por Justiniano após a conclusão das três primeiras partes do *Corpus Iuris Civilis*. Elas refletem as mudanças e desenvolvimentos posteriores do direito romano, abordando questões legais contemporâneas. O *Corpus Iuris Civilis* teve um impacto duradouro na história do direito, especialmente no sistema legal continental europeu. Durante a Idade Média, suas obras foram redescobertas e estudadas, influenciando a formação dos sistemas jurídicos modernos. Hoje em dia, muitas nações ao redor do mundo ainda baseiam seus sistemas jurídicos no direito civil romano, com o *Corpus Iuris Civilis* sendo uma referência histórica e uma fonte importante para o estudo e interpretação do direito. Sua influência se estende desde as áreas do direito civil e comercial até o direito processual, ajudando a moldar os fundamentos legais que regem as sociedades contemporâneas (Cf. DIGESTO. *Corpus Iuris Civilis*. Equipe Responsável e tradução Edilson Alkmin Cunha. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2010, p. 9-11).

República Romana, chamados de *quaestiones perpetuae*⁵⁹, ou julgamentos criminais, e, em Portugal, aos primórdios da nacionalidade, como explica o texto de Braz⁶⁰.

O precedente do sistema acusatório, segundo o importante artigo e capítulo de Barros⁶¹ traz comentários sobre o procedimento penal acusatório que substituiu a fase do procedimento penal primitivo, ou seja, pelo autor, o antigo processo criminal romano, *anquisitio*. Dessa forma, a jurisdição criminal passou a assumir contornos natural e iniciais de uma evolução do procedimento que chega até a expulsão dos Reis, quando a “jurisdição criminal” passa a ser exercida pelo Senado pelas “Assembleias do Povo”, ou seja, os comícios formados por cúrias, centúrias ou tribos. Assim, Barros⁶² menciona que neste período também surgem figuras dos magistrados denominados como *quaesitores* que inquiriam sobre os crimes de homicídio e *duúnviros* que julgavam os crimes que lesavam os patrimônios e lesa-majestade, também chamados de *perduelliones*.

Neste período foi muito dificultoso na Antiga Roma manter-se com um sistema baseado em grandes assembleias, possuindo um expressivo crescimento do número de causas penais. Vigorava-se no período de 155 a.C. ou 604 na Era Romana, fazendo-se necessárias as delegações das funções de jurisdição a tribunais ou juízes em comissão, os quais passam a ser denominados como *quaestiones*. Barros explica que, com base nestes acontecimentos, implantou-se o chamado “direito popular de julgamento”, adotando-se então o sistema acusatório. “No início, as *quaestiones* foram criadas para funcionar extraordinária ou temporariamente e como forma repressiva dos crimes, na medida em que estes eram cometidos. Depois assumiram um caráter permanente e por isso desempenhavam a tarefa de distribuir entre si os processos e julgamentos dos crimes públicos. Pois foi esse caráter permanente das comissões que fez propagar a denominação *quaestiones perpetuae*, sendo que a primeira delas, assim denominada, surgiu com a *lex Calpurnia*, em 149 a.C., que versava sobre *pecuniae repetundae*. Segundo nos ensina o renomado Professor Rogério Lauria Tucci, a *quaestio* exprimia a atividade de *quaerere*, isto é, de indagação para consequente declaração e consistia numa comissão de investigação, que culminava com o *iudicium publicum legitimum*”.⁶³

⁵⁹ BARROS, Marco António de. *Procedimento penal acusatório das "quaestiones perpetuae"*: fonte da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri Júri. São Paulo: Revista Justitia, n. 59, vol. 178, abr./jun. 1997.

⁶⁰ BRAZ, José Alberto Campos Braz. *Evolução histórica da prova em processo penal do pensamento mágico à razão*. Lisboa: Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, 2016. Disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37100/3/ulfd135579_tese.pdf. Acesso em 15 dez. 2022.

⁶¹ BARROS, Marco António de. *Procedimento penal acusatório das "quaestiones perpetuae"*: fonte da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri Júri. São Paulo: Revista Justitia, n. 59, vol. 178, abr./jun. 1997.

⁶² Idem.

⁶³ Ibidem, p. 28.

O procedimento acusatório atual se baseia, logicamente, naquilo que anteriormente seria baseado nesta disposição de análise sobre o caráter de se versar sobre a produção de provas dentro da persecução penal. O sistema acusatório passa a ser uma maneira de se garantir os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Dezem⁶⁴ afirma que, apesar de divergências a respeito das características apropriadas que definem o sistema acusatório, há uma convergência clara e estabelecida de que as funções de perseguir, acusar e julgar são efetivamente distintas e separadas.

No sistema acusatório, o conceito de *non procedat iudex ex officio*⁶⁵ fundamenta o papel do julgador. Cabe às partes darem início ao processo e sequência à gestão das provas, tornando algumas atitudes por parte do juiz incompatíveis com o sistema acusatório. Lopes Jr.⁶⁶ menciona o Código de Processo Penal na possibilidade de decreto por parte do juiz para que se execute a prisão de caráter preventivo com caráter probatório ou persecutório, de acordo com o artigo 311: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”⁶⁷

O Código de Processo Penal trata também sobre busca e apreensão no artigo 242: “A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”⁶⁸.

Não somente nesta seara, a iniciativa probatória pode estar a cargo do juiz, como é o artigo 156. “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”⁶⁹

E por fim, como exemplo, a condenação do réu sem pedido do Ministério Público pode violar o princípio da correlação⁷⁰, como está no artigo 385: “Nos crimes de ação pública, o juiz

⁶⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 18.

⁶⁵ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 27.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 19 dez. 2022. Documento não paginado.

⁶⁸ Idem, documento não paginado.

⁶⁹ Idem, documento não paginado.

⁷⁰ O princípio da correlação é amplamente abordado no artigo científico exposto por Silva que traz o exame deste princípio com a acusação e a sentença após existir a reforma do Código Processual Penal no Brasil em 2008 o que traz uma crítica ao resultado dessa reforma. Define o princípio da correlação nesta seguinte construção: “É na causa de pedir, aliás, que deve se manter a necessária correlação com a sentença, cabendo destacar que nosso Direito Processual adota a teoria da substanciação, o que implica reconhecer que a correta qualificação jurídica do fato articulado na denúncia não é relevante para o deslinde da ação penal. Tal afirmação se ratifica pelos próprios

poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.”⁷¹

O Código de Processo Penal traz demais dispositivos que dão ao juiz traços que são tipicamente inquisitivos, e por essa razão, se questiona, mais adiante, sobre o sistema processual penal no Brasil ser razoavelmente misto.

Sendo assim, verifica-se que tais incompatibilidades se contrapõem aos princípios da ampla defesa e do contraditório, possibilitando que se desenrolem situações de parcialidade por parte do juiz, indo em direção contrária ao que se almeja o sistema acusatório que é a imparcialidade do julgador. Nucci⁷² destaca que o sistema acusatório predominava na Roma antiga e está presente atualmente na legislação de diversas nações, não sendo um fruto único do Iluminismo. Mesmo assim, há elementos inquisitórios nos modernos processos acusatórios, principalmente nas etapas de colheita de prova a fim de tornar o processo mais rápido e eficiente.

Nucci⁷³, conforme explanado acima, destaca que o sistema acusatório remonta a Roma antiga. Neste passo, ainda traz a informação e o posicionamento de que não se trata de uma abordagem inovadora decorrente da preocupação e valorização do homem. Busca ser um sistema isento da parcialidade das decisões e que prima a retidão.

Em decorrência, surge o sistema misto, sendo este uma mescla das duas abordagens tratadas anteriormente. Por esta razão, existe também o sistema que combina as duas formas de prosseguir com a persecução penal, sendo uma fase acusatória e outra inquisitória, apresentado a seguir.

É preciso considerar sobre o escopo deste trabalho quanto à produção de provas, a demora do judiciário em se manter as instruções e a coleta de provas, além da prisão preventiva ficar entre o processo penal e o processo de investigação. Essa prisão preventiva, como é o objetivo do trabalho, entre outras disposições, pode ou não ser tida como uma antecipação de pena, e neste passo, questiona-se, quem e quais são as figuras que avaliam as provas e se utilizam delas para atribuir a prisão preventiva.

termos do artigo 383 do CPP, tendo em vista que o magistrado não está obrigado a observar a capitulação jurídica constante da denúncia” (SILVA, Franklyn Roger Alves. *O princípio da correlação no processo penal à luz da Lei nº 11.719/08*. Rio de Janeiro: Período da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. V, 2010, p. 294-295).

⁷¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 19 dez. 2022. Documento não paginado.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 76.

⁷³ Idem.

1.3 Sistema Misto

Code d'instruction criminelle, datado de 1808, faz as primeiras menções ao sistema misto. Este código era outro modelo processual em execução na França, apresentando características que já delineavam o sistema acusatório penal^{74,75}. Este sistema processual penal infere-se em uma jurisdição que para iniciar a investigação de um crime, sendo presidido por um magistrado nos mesmos moldes do sistema inquisitório. A acusação criminal ocorre concomitantemente, e aqui, inclui-se outra figura: o Ministério Público, que não é o juiz, não é o órgão policial, é um órgão autônomo, essencial do sistema acusatório. Por estas razões, chama-se este tipo de sistema de misto, acumulando características dos sistemas acusatório e inquisitório⁷⁶.

Assim, como mencionado acima, nasceu em 1808 esse modelo híbrido, que segundo Lopes Jr.⁷⁷ também é conhecido como Código Napoleônico. No processo penal há duas fases. Inicia-se o processo com a denominada pré-processual, de natureza interrogativa. Posteriormente, implementa-se o sistema de persecução, de caráter acusatório. Para o autor, esta é a abordagem predominante no sistema brasileiro, dado que muitos consideram o inquérito como uma abordagem inquisitória e fase processual como uma abordagem acusatória (o MP acusa)⁷⁸.

⁷⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 19.

⁷⁵ O Code d'Instruction Criminelle de 1808, também conhecido como Código de Instrução Criminal de 1808, foi um marco importante no sistema de justiça penal francês durante o período napoleônico. Esse código introduziu um sistema misto no processo penal, incorporando elementos tanto do sistema inquisitivo quanto do sistema acusatório. Antes da promulgação do Code d'Instruction Criminelle, a França havia adotado um sistema inquisitório, no qual o juiz desempenhava um papel ativo na investigação e na busca pelas provas. No entanto, o Code d'Instruction Criminelle introduziu mudanças significativas no sistema de justiça criminal francês, buscando equilibrar os poderes entre o juiz, a acusação e a defesa. Uma das principais características do sistema misto presente no código era a criação do papel do juiz de instrução, que seria responsável pela investigação preliminar dos casos. O juiz de instrução desempenhava um papel semelhante a um investigador, coletando provas, interrogando testemunhas e decidindo se havia indícios suficientes para levar o caso a julgamento. No entanto, durante o julgamento propriamente dito, o sistema acusatório era aplicado. A acusação e a defesa apresentavam suas alegações e provas perante um tribunal composto por juízes imparciais. Esse modelo garantia que as partes tivessem oportunidades iguais de apresentar suas argumentações e contestar as evidências apresentadas. Apesar da introdução do sistema misto, é importante ressaltar que o Code d'Instruction Criminelle ainda continha características do sistema inquisitório. O juiz de instrução, por exemplo, mantinha amplos poderes de investigação, podendo conduzir interrogatórios e determinar medidas cautelares, como a prisão preventiva. O Code d'Instruction Criminelle de 1808 teve um impacto significativo no direito processual penal, tanto na França quanto em outros países que se basearam em seu modelo. Sua abordagem mista, combinando elementos do sistema inquisitivo e acusatório, influenciou o desenvolvimento de sistemas jurídicos modernos, buscando equilibrar os direitos individuais e a busca pela verdade no contexto do processo penal.

⁷⁶ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 19.

⁷⁷ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 27.

⁷⁸ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 27.

Seguindo nas obras desse autor muito utilizado na revisão bibliográfica e na doutrina brasileira, afirma⁷⁹ que alguns estudiosos têm considerado que o sistema acusatório já está caracterizado quando as figuras do acusador e do juiz estão presentes em personalidades distintas⁸⁰. Este conceito é incorreto para Lopes Jr.⁸¹. O sistema híbrido ou misto também pode ser chamado de sistema francês, conforme revelado por Lima⁸², possibilitando que o processo tenha duas etapas, uma inicial escrita e sigilosa, onde não se fazem acusações e nem se levantam contradições e, posteriormente, uma fase acusatória, quando o réu apresenta sua defesa contra a acusação. Então, o juiz passa a proferir a sentença, de fato com base no princípio da prolação pública e oral.

Alencar e Távora⁸³, ao analisarem minuciosamente a persecução penal no sistema misto, identificaram que, na prática, tal abordagem inclui mais fases, sendo elas: a investigação preliminar conduzida pela polícia; depois, o juiz instrutor fica responsável pela instrução; dá-se sequência ao julgamento, quando só então se conduzirá o processo sob os princípios da ampla defesa e do contraditório; e, por fim, o recurso, quando a decisão da primeira instância poderá ser analisada novamente por instância superior (duplo grau de jurisdição).

O sistema tem duas fases: a primeira delas é a investigatória e persecutória preliminar, que é conduzida por um juiz. Vale ressaltar a importância de não se confundir a fase

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ De fato, vários estudiosos e teóricos do direito consideram que o sistema acusatório está caracterizado quando as figuras do acusador e do juiz são exercidas por personalidades distintas. Essa separação de funções é considerada um dos princípios fundamentais do sistema acusatório e contribui para garantir um processo penal mais justo e equilibrado. Um dos teóricos mais conhecidos nesse contexto é o jurista italiano Francesco Carrara, do século XIX, que defendeu a ideia de que o sistema acusatório se manifesta quando existe a figura do juiz imparcial, que atua como um árbitro neutro e não participa diretamente da acusação ou da defesa. Carrara argumentou que essa separação de funções assegura a igualdade de armas entre as partes, evitando que o juiz se torne parcial e influencie o resultado do processo (Cf. GROSSI, Paolo. *Assolutismo giuridico e diritto penale* (a proposito di recenti appuntamenti carrariani e della ristampa della 'Parte generale' del 'Programma del corso di diritto criminale' di Francesco Carrara). [S.l.]: Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, XXIV, 1995). Outro estudioso relevante é o jurista alemão Claus Roxin, que desenvolveu a teoria do "domínio do fato". Segundo Roxin, no sistema acusatório, a acusação e a defesa são exercidas por partes independentes, enquanto o juiz tem a função de decidir com base nas provas apresentadas e no confronto das argumentações. Para Roxin, essa divisão de tarefas é essencial para garantir a justiça e a imparcialidade no processo penal (ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Brasília: Tribunal de Justiça, 2006). Além disso, o jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni também enfatiza a separação de funções no sistema acusatório. Para ele, a imparcialidade do juiz é fundamental para garantir que as partes tenham igualdade de tratamento e oportunidade de se defender. Zaffaroni destaca que a figura do juiz imparcial, que não se envolve diretamente na acusação, contribui para a preservação dos direitos fundamentais dos acusados (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015). Esses são apenas alguns exemplos de estudiosos que defendem a ideia de que o sistema acusatório é caracterizado pela separação das funções de acusar, defender e julgar. Essa separação busca garantir a imparcialidade do juiz, a igualdade das partes e o respeito aos direitos fundamentais, princípios fundamentais para um processo penal justo e equitativo.

⁸¹ Idem.

⁸² LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 19.

⁸³ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 57.

investigatória com o inquérito policial, que é conduzido por uma autoridade policial e possui caráter administrativo. Mais adiante, há a fase acusatória, quando são garantidos todos os direitos do acusado e verifica-se e garante-se a independência entre a acusação, defesa e o juízo. Esse sistema provém do *Code d'Instruction Criminelle*⁸⁴ (Código de Processo Penal francês), em 1908, sendo, hoje em dia, praticado em diversos outros países da Europa e que possui uma característica marcante que é o juizado de instrução. Trata-se de uma etapa preliminar instrutória, presidida por um juiz.

O autor Lopes Jr.⁸⁵ critica o pensamento tradicional sobre o sistema misto e apresenta algumas reflexões. Nesse contexto, ele aponta que o sistema deve ser examinado sob um ponto de vista reducionista, pois todos os sistemas existentes não são puros, mas híbridos; deve-se analisar a base para definir o sistema, seja o sistema de interrogatório ou o sistema de acusação. Uma visão reducionista da divisão do número de demandantes e juízes não é suficiente para garantir que um sistema seja indiciável porque pode dar aos juízes o poder de exigir provas, decidir sobre a prisão preventiva ou decidir se deve processar. A condenação perante o Ministério Público emite a sentença de absolvição e, por fim, uma última e importante consideração sobre a imparcialidade do juiz.

Segundo o autor⁸⁶ ainda, o nascimento do sistema processual não poderá ser entendido como uma forma que se desloca do princípio supremo do processo em si, pois a imparcialidade está sim presente. Existe, para ele, um grande prejuízo quanto à produção de provas de ofício do juiz, conforme já está consolidado na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Isso porque o juiz que provoca essa produção de provas está contaminado, e não poderá, de pronto, decidir sobre o caso em que quis provocar novas provas, pois não poderá utilizar-se dessa prova como justificativa para a decisão já tomada, como afirmou Lopes Jr, ocorre a quebra da concepção de processo como sendo um procedimento em contraditório⁸⁷.

Alencar e Távora⁸⁸ defendem que o sistema misto se distancia de um sistema totalmente puro, indo em direção a um modelo inquisitório em algumas circunstâncias e ao acusatório em outras. Para os autores, é a separação das etapas acusatória e inquisitória que delineiam o sistema misto, e não uma mescla permanente dos dois modelos.

⁸⁴ REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito processual penal esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

⁸⁵ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 28.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 40.

Pode-se definir o sistema misto como sendo inquisitivo garantista⁸⁹. Avena⁹⁰ tem como construção que o sistema processual misto é um modelo que fica transitando entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo por possuir as mesmas características em diversos momentos do caminhar do processo penal. A observância das garantias constitucionais, tais como a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório lembram, claramente, o sistema acusatório, enquanto há outras características como a atitude que faculta ao magistrado sobre o pedido *ex officio* de produção de provas e de restrições à publicidade do processo que poderão ser expostas desde as diversas possibilidades.

Garante ainda que essa nova denominação advém da atualidade que inclui o sistema como inquisitivo garantista.

1.4 Sistemática abordada no Brasil e em Portugal sobre o sistema acusatório

Nos estudos realizados, identificou-se que não há unanimidade nas doutrinas do ordenamento jurídico brasileiro para se estabelecer qual sistema prepondera no sistema

⁸⁹ AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 47. Esse mesmo posicionamento encontra nos artigos: NASCIMENTO, Artur Gustavo Azevedo do. *Processo Penal Brasileiro: sistema acusatório ou inquisitivo garantista?* São Paulo: Olibat, 2008. Disponível em https://www.olibat.com.br/documentos/Processo_Acusatorio_ou_Misto.pdf. Acesso em 19 dez. 2022; LOPES JR., Aury. *A instrumentalidade garantista do processo penal*. Santa Catarina: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, 2001, p. 1-16. Disponível em https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/22131/2/A_Instrumentalidade_Garantista_do_Processo_Penal.pdf. Acesso em 19 dez. 2022; MARTELETO FILHO, Wagner. *Sistema acusatório e garantismo – uma breve análise das violações do sistema acusatório no Código Processo Penal*. Belo Horizonte: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 12, 2009, p. 193-215. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/16015839.pdf>. Acesso em 19 dez. 2022. Ainda sobre este último autor, Marteleto Filho, infere-se no seguinte posicionamento: “O processo nada mais é do que um instrumento artificial de contenção de poder, e não um instrumento de descobrimento de uma inalcançável verdade real, nem tampouco, e menos ainda, de implementação de políticas de segurança pública. Enquanto instrumento de contenção de poder, o objetivo central do processo deve ser a preocupação para com a legitimidade e licitude dos meios, e não para com os fins a serem alcançados. Essa é uma premissa essencialmente garantística, na medida em que, para o Garantismo, os fins jamais justificam os meios. O que importa, em síntese, é o respeito às regras do jogo. E para que haja respeito às regras do jogo, necessita-se de um juiz imparcial, equidistante, expectador (e não ator), não envolvido com as tarefas atribuídas às partes, e preocupado, sobretudo, em assegurar o exercício das garantias fundamentais do acusado (instrumentalidade constitucional do processo). Bem por isso a gestão da prova deve ser atribuída exclusivamente às partes, não se admitindo a produção de provas de ofício pelo juiz. Conferir poderes instrutórios ao juiz representa um retorno ao Medievo e desvela uma filosofia indisfarçavelmente inquisitiva [...] que fulmina a imparcialidade do julgador (garantia da jurisdição), sendo esta última a finalidade crucial do sistema acusatório. Pelas mesmas razões, a tarefa de acusar deve ser acometida exclusivamente ao Ministério Público e ao ofendido (nas ações de iniciativa privada), não se admitindo a alteração do objeto do processo pelo juiz (*mutatio libelli*), ainda que o preço para tanto seja a pronúncia do *non liquet*” (MARTELETO FILHO, Wagner. *Sistema acusatório e garantismo – uma breve análise das violações do sistema acusatório no Código Processo Penal*. Belo Horizonte: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 12, 2009, p. 213. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/16015839.pdf>. Acesso em 19 dez. 2022). Confira a obra de: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas à verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito*. Rio de Janeiro: Anuário Ibero-americano de direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁹⁰ AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 47-50.

processual brasileiro e qual seria o mais correto. Assim, seguir-se-ão explanações sobre as diversas e seus autores que tratam sobre o sistema penal.

Diante das informações de Capez⁹¹, o sistema penal acusatório brasileiro apresenta estes atributos no ordenamento jurídico, já considerando os princípios de ampla defesa e contraditório (artigo 5º, inciso LV, Constituição Federal), e os princípios da oralidade, busca pela verdade real e estado de inocência (artigo 5º, inciso LVII).

Destacam-se também os princípios da publicidade, da indisponibilidade do processo, e da oficialidade (artigo 792 do Código de Processo Penal), embora não se trate de princípios absolutos. Finalizando, os princípios da iniciativa das partes e do juiz natural.

Seguindo esta direção, Nucci⁹² e Lopes Jr.⁹³ afirmam que o sistema brasileiro é o misto, ressaltando que o problema do sistema processual brasileiro é a identificação de seu princípio fundamental⁹⁴.

Para o autor argentino Binder⁹⁵, é o sistema acusatório formal que rege o processo penal brasileiro. Tratando-se de um erro por parte dos defensores do sistema misto, e completa que essa nova denominação seria a maneira mais adequada de se classificar o atual sistema inquisitivo. Binder destaca que a Constituição de 1988 traz diversos princípios processuais que indicam um sistema acusatório, porém, não é imposto, dado que, na prática, quem estabelece as regras processuais é o Código Processo Penal⁹⁶.

Complementando, conforme elucida Nucci⁹⁷, a Constituição também estabelece a polícia judiciária, encarregada da apreciação da investigação criminal, sendo que esta etapa não introduz o sistema acusatório.

Ainda, o autor argumenta que os demais autores que defendem que o sistema acusatório é o que prevalece no país, baseiam-se sobre princípios processuais penais e se equivocam ao afirmarem que este é o único sistema vigente. Para concluir, afirma que não é

⁹¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 586.

⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 46.

⁹³ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 27.

⁹⁴ Outros autores: MARTELETO FILHO, Wagner. *Sistema acusatório e garantismo – uma breve análise das violações do sistema acusatório no Código Processo Penal*. Belo Horizonte: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 12, 2009. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/16015839.pdf>. Acesso em 19 dez. 2022; COSTA, Jefferson Ribeiro da. *A influência do caráter inquisitivo no processo penal brasileiro: desmitificando a sua classificação como misto*. [S.l.]: Revista Científica da Faculdade de Balsas, vol. 8, n. 2, 2017. Disponível em <http://34.132.243.117/index.php/unibalsas/article/view/52>. Acesso em 19 dez. 2022.

⁹⁵ BINDER, Alberto M. *Descumprimento das Formas Processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 51.

⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 76.

⁹⁷ Idem.

somente por adotar princípios acusatórios que se elege um sistema de persecução penal exclusivamente acusatório⁹⁸.

Lima⁹⁹ é um dos defensores de que o Brasil implementa um sistema exclusivamente acusatório, argumentando que foi acolhido de forma explícita pela Constituição de 1988 (artigo 129, inciso I). Considera que o fato de o MP ter privativa a propositura da ação penal pública faz com que o processo apenas se inicie após a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat judex ex officio*). Seguindo, considerando que não é retirado do juiz o poder de gestão sobre o processo, ainda impede que o mesmo se mantenha distante e imparcial ao caso.

A argumentação de Lima¹⁰⁰ baseia-se nos mecanismos que impedem que o magistrado influa nos procedimentos e a serem empregados durante a ação penal. Tal papel cabe ao MP, cujas atribuições são a promoção de atos de ofício durante a etapa investigatória, distinguindo gestão da prova e sujeitos processuais.

Prado¹⁰¹ também defende que Constituição Federal de 1988 estabelece a escolha pelo sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro, ampliando-se com o estabelecimento das leis infraconstitucionais posteriores.

Conjuga-se em uma análise da doutrina sobre o controle social que se vincula ao meio de sociedade a qual se vive. Isso porque o Estado, perante o uso da força que a este é atribuída, busca efetivar a função da Constituição para garantir os direitos fundamentais das pessoas, tais como a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança, à dignidade da pessoa humana, a criação de um espaço livre, justo e solidário, entre outros. Nessa mesma medida, é preciso que exista uma intervenção do meio jurídico-penal para que esses direitos fundamentais continuem sendo exercidos, tanto pelo cidadão lesado como pelo agente que suposta comete um crime.

Para apurar um crime e encontrar o suposto criminoso, o uso dos meios processuais penais e de acordo com a Constituição Federal encontra-se em um “limite inegociável à incidência do poder punitivo”¹⁰², que está disposto a atingir o máximo de eficácia para evitar o excesso e a violação de um determinado direito. Nesse sentido é travada essa diapasão de

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2ªEd., 2017, p. 19.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 30.

¹⁰² KHALED JR., Salah Hassan. *O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório?* Porto Alegre: Civistas, vol. 10, n. 2, mai./ago. 2010. Disponível em <https://www.redalyc.org/pdf/742/74221650008.pdf>. Acesso em 14 dez. 2022. p. 307.

discussões entre as doutrinas, e, insta mencionar, muito saudável, em encontrar as formas utilizadas pelo Estado em se concretizar a análise penal de um determinado crime.

Não se nega que os resquícios inquisitoriais no Brasil é fato: de acordo com Coutinho¹⁰³ e Lima¹⁰⁴, as conclusões se assemelham ao que já foi estudado em doutrina, que o Brasil, de fato, traz um instrumento do poder punitivo dado ao Estado com uma pequena vertente do modelo inquisitorial dentro do sistema acusatório. Este modelo não rompe com o Estado Democrático de Direito quando se forma um sistema em que realmente há garantias para o uso da força em resposta ao ilícito penal. E somente irá surgir uma possível arbitrariedade quando sua aplicação for fora dos ditames da Constituição Federal de 1988 e do Estado Democrático de Direito firmado no país.

A teoria e a hipótese lançam a problemática: a prisão preventiva, quando utilizada nos moldes atuais, principalmente no Brasil, está voltada uma máxima de uma incongruência com a política criminal. A discussão está disposta perante as leis de cunho expansionista¹⁰⁵, ideia essa que se volta cada vez mais para os tipos penais que são fomentados pelo direito penal – aquele que busca proteger os bens jurídicos – e que são discutidos pela ineficácia do direito penal clássico aplicado. Por que não seria mais funcional?

A sociedade se encontra a frente de uma ampla globalização e risco, há realmente uma forte corrente de repensar o que já foi criado no passo, gerando incertezas e levantando questionamentos se a sociedade e os modelos clássicos passados são ainda eficazes na proteção da sociedade de uma forma geral. Os novos riscos do século XXI, sem sombra de dúvida, são dispares dos riscos do século passado, um exemplo são os crimes cometidos pelos meios virtuais e o terrorismo que tem novas roupagens. Alcança-se a tutela mais tradicional aquelas condutas mais “clássicas” que estão amparadas pelos Códigos Penais. E assim, na mesma medida que crimes mudam suas formas de serem cometidos, repensa-se, neste passo, a sistemática que se inclui pela persecução penal: em amplo aspecto acusatório, inquisitório ou misto.

¹⁰³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do Juiz no processo penal. In. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹⁰⁴ LIMA, Roberto Kant de. *Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial no Brasil*. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 4, n. 10, p. 65-84, 1989.

¹⁰⁵ Tratada na obra de Pijoan, a autora tem uma construção muito coerente sobre o populismo punitivo. Esse populismo punitivo se volta para uma aproximação de um processo e fenômeno de expansão com a persecução do delito: “*que mayores penas pueden reducir el delito; que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; y que hay unas ganancias electorales produto de este uso*” (PIJOAN, Elena Larrauri. “Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión”. In. BACIGALUPO, Silvina; MELIÁ, Manuel Cancio (Coord.). *Derecho penal y político transnacional*. Barcelona: Editora Atelier, 2005, p. 284).

No Brasil, na opinião deste pesquisador, pauta-se que o sistema penal adotado é misto, mesclando-se características dos sistemas acusatório e inquisitório. Essa mescla de elementos de ambos os sistemas têm gerado discussões e debates sobre a efetividade e justiça do sistema de justiça criminal brasileiro.

O sistema acusatório conforme previsto na Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal realmente define a separação dos papéis de defesa, acusação e juízo. O MP tem o papel de acusar, a defesa é responsável por apresentar suas argumentações e provas, e o juiz deve atuar como um terceiro imparcial na condução do processo.

No entanto, na prática, ainda são observados resquícios inquisitórios. Em diversas ocasiões, o juiz, exerce um papel mais ativo na investigação, tomando iniciativa na coleta de provas e na condução do processo, o que pode gerar desequilíbrio entre as partes e violar princípios como a igualdade de armas.

Também, a prisão preventiva, utilizada como medida cautelar para garantir a ordem pública e a aplicação da lei, tem essa enfática crítica abordada como escopo do presente estudo que por ser aplicada de forma indiscriminada e abusiva gera contradições. Isso pode resultar em violações dos direitos individuais, como a privação da liberdade antes do julgamento e a antecipação da pena, contrariando o princípio da presunção de inocência.

Diante dessas questões, há uma demanda por maior adesão aos princípios acusatórios, com uma atuação mais equilibrada do juiz, respeito aos direitos de defesa e uma maior valorização do contraditório e da ampla defesa.

Conclusão, o sistema misto penal no Brasil apresenta características dos sistemas acusatório e inquisitório. Embora haja uma base legal e constitucional sólida para o sistema acusatório, resquícios inquisitórios ainda são identificados, o que gera desafios e discussões quanto à imparcialidade, ao equilíbrio de poder e ao respeito aos direitos fundamentais dos acusados. É necessário avançar na implementação efetiva do sistema acusatório, garantindo um processo penal mais justo e equitativo.

Em Portugal, a Constituição Portuguesa, em seu artigo 32, nº 5, tem como disposição de que “o processo criminal terá estrutura acusatória, ficando a audiência de julgamento subordinada ao princípio do contraditório”¹⁰⁶.

¹⁰⁶ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa – VII Revisão Constitucional [2005]. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 17 jan. 2023. Documento não paginado.

Silva¹⁰⁷ traz o que já foi exposto neste estudo por existir dois sistemas, e esses sistemas informam sobre ser o acusatório e o inquisitório. O terceiro sistema, o misto, tem como indícios as definições já informadas. Dessa forma, o sistema acusatório utilizado em Portugal tem a mesma disposição que se insere no Brasil e, dessa forma, não se deve confundir o processo inquisitório com os aspectos inquisitórios do processo penal. Podendo, assim, estabelecer, com razão, o princípio da verdade material, quando o material probatório não for constituído somente pela contribuição das partes e antes o Tribunal poderá intervir diretamente na produção das provas.

No direito positivo português afirma-se que o juiz penal tem amplo poderes para a busca da real verdade. A descoberta da verdade é um trabalho em conjunto das partes e do poder e dever do juiz durante o processo penal.

Conforme as disposições a seguir: “Nem mesmo os mais acérrimos defensores do processo acusatório defendem já a proibição de o juiz procurar a prova para além da que é oferecida pelas partes do mesmo passo que os defensores do processo inquisitório não reclamam a acumulação numa só pessoa das funções de acusação e julgamento. Desta sorte, a polémica actual entre processo acusatório e processo inquisitório centra-se essencialmente na maior ou menor amplitude dos direitos do arguido no decurso do processo em confronto com os poderes da acusação.”¹⁰⁸

Silva ainda cita Dias¹⁰⁹ que elucida sobre a consagração da Constituição portuguesa quanto a inclusão de uma estrutura acusatória do processo penal, e dessa forma, há a representação de uma das mais “significativas inovações” e que traz todo um programa de reforma do processo. No entanto, Silva¹¹⁰ ainda traz que segundo seu posicionamento, ainda não se adere a toda a doutrina e produção académica que a limitação do alcance do princípio acusatório resultou na Constituição em acrescentar o nº 5 do artigo 32º, sendo que “ficando a audiência de julgamento subordinada ao princípio do contraditório”¹¹¹. E ainda, admitiu-se,

¹⁰⁷ SILVA, Germano Marques da. *Princípios gerais do processo penal e Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Direito e Justiça, 1989, p. 172.

¹⁰⁸ Idem, p. 172.

¹⁰⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *A Nova Constituição e o processo penal*. [S.l.]: Revista da Ordem dos Advogados, ano 36, I-III, p. 103 *apud* SILVA, Germano Marques da. *Princípios gerais do processo penal e Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Direito e Justiça, 1989, p. 173.

¹¹⁰ SILVA, Germano Marques da. *Princípios gerais do processo penal e Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Direito e Justiça, 1989, p. 173.

¹¹¹ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa – VII Revisão Constitucional [2005]. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 17 jan. 2023. Documento não paginado.

desde logo, que o princípio do contraditório não vigorasse em todas as fases do processo indiscriminadamente, e por essa razão, ficou claro a inserção do nº 4 do artigo 32º¹¹².

O direito processual penal português ainda conta como sendo um dos modelos mais aplicados na Europa. Este serve como inspiração para o modelo do Código de Processo Penal da União Europeia. Isso porque é tido como um dos mais avançados na Europa e foi copiado por diversos outros países¹¹³. O modelo português permite que o magistrado somente intervenha quando se tratar das limitações de direitos fundamentais, e não se considera que os prazos de andamento dos inquéritos seja um direito fundamental, assunto este que foi tratado no “Fórum sobre a problemática dos prazos do inquérito penal”, que foi promovido em 2017, em Coimbra, pela Ordem dos Advogados e Comissão de Direitos Humanos.

Esta demora nos inquéritos e nos prazos será mais a frente abordada, de forma que pode estender as prisões preventivas por tempo além do que é permitido. Aqui são diversas searas a se analisar, como o direito fundamental ao processo célere ao tempo razoável de processo e de processamento das penas, além da possibilidade de a prisão preventiva ser considerada como uma antecipação de pena ou não.

¹¹² “Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos atos instrutórios que se não prendam diretamente com os direitos fundamentais” (PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa – VII Revisão Constitucional [2005]. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 17 jan. 2023. Documento não paginado).

¹¹³ Afirmou Germano Marques da Silva à Lusa: DIÁRIO DE NOTÍCIAS. *Modelo de Código de Processo Penal português é o mais avançado da Europa penalista*. Lisboa: Diário de Notícias, Lusa. Publicado em 19 out. 2017. Disponível em <https://www.dn.pt/lusa/modelo-de-codigo-de-processo-penal-portugues-e-o-mais-avancado-da-europa---penalista-8857703.html>. Acesso em 23 jan. 2023.

2 ORDEM PÚBLICA

A ordem pública será assunto de extrema importância neste estudo. Estabelecer um ambiente justo e solidário aborda várias vertentes, e para tanto, é preciso que o Estado se organize para manutenção da ordem, mas, como se questiona, qual ordem é esta? Como ela se define?

A utilização da ordem pública como argumento para a manutenção da prisão preventiva é um tema amplamente discutido no âmbito do direito penal. Garantir e manter a ordem pública é fundamento legal que pode justificar a privação da liberdade de um indivíduo antes do julgamento, visando garantir a segurança e a tranquilidade da sociedade como um todo.

Neste contexto, a prisão preventiva é uma medida cautelar que pode ser decretada quando estão presentes elementos que indiquem a necessidade de sua aplicação, como a gravidade do crime, a periculosidade do acusado, a possibilidade de fuga ou de obstrução da justiça. Com o objetivo de se evitar que o acusado pratique novos crimes e que se garanta e mantenha a paz social, emprega-se a manutenção da prisão em caráter preventivo.

No entanto, ter como argumento a preservação da ordem pública para defender a continuidade da prisão em caráter preventivo também é objeto de críticas e controvérsias. Alguns dos autores e pesquisadores questionam a falta de clareza e objetividade desse critério, podendo ser interpretado de forma subjetiva pelos magistrados, resultando em decisões arbitrárias e desproporcionais.

Além disso, há preocupações quanto ao princípio da presunção de inocência, dado que a privação de liberdade é antecipada no caso de prisão em caráter preventivo antes da condenação definitiva, o que pode ser considerado uma antecipação da pena. Essa antecipação pode prejudicar o direito à defesa plena do acusado, uma vez que ele está privado de sua liberdade e enfrenta obstáculos para se preparar adequadamente para o processo.

Dessa forma, é necessário avaliar com cautela o uso do argumento de manutenção e garantia da ordem pública para que a prisão em caráter preventivo seja mantida, deve-se analisar a necessidade de proteção da sociedade e a preservação dos direitos fundamentais do acusado. A análise deve ser pautada em critérios objetivos, fundamentada em evidências concretas e levando em consideração as circunstâncias específicas de cada caso.

Zackseski¹¹⁴ elucida que o interesse público e a manutenção do bem comum são itens fundamentais para a manutenção da ordem pública. Para isso, menções sobre convivência em sociedade de forma harmoniosa e pacífica são disposições que também são encontradas em diversos estudos¹¹⁵.

A ordem pública é um conceito amplo e que carrega em sua profundidade um conteúdo indeterminado e igualmente difícil de ser explicado unicamente, por essa forma, é preciso partir de outros significados para se observar a aplicação de políticas públicas.

Retomando novamente aos significados em dicionário jurídico de língua portuguesa, conforme a seguir:

ORDEM. Do latim *ordo*, *ordinis* (classe, disposição), é o vocabulário empregado na terminologia jurídica em três significações técnicas: I. Ordem é a classe, ou seja, a colocação ou a disposição, em que se põem ou se mostram as coisas, para que assim dispostas, colocadas, classificadas ou graduadas, sejam vistas ou anotadas. Neste conceito, pois, a ordem vem estabelecer para cada caso, para cada coisa ou para cada pessoa, um grau ou uma classe, que os distingue uns dos outros, quando considerados em conjunto ou coletivamente. E, assim, ordem pode ser tida na significação de espécie, pois que, em verdade, consideradas as coisas coletivamente, formam o gênero das espécies em que a ordem classifica ou gradua. [...]. II. Ordem é a prescrição, é o

¹¹⁴ ZACKSESKI, Cristina. *A construção do conceito de ordem pública nas políticas de segurança dos distritos federais do Brasil e do México* (1980-2005). Brasília: Universidade de Brasília, Doutorado em Estudos Comparados sobre as Américas, Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, 2006, p. 28.

¹¹⁵ Por exemplo, na obra Roldán Pardo, o autor fala sobre a ordem pública interna no âmbito do Direito Privado. O conteúdo sobre a autonomia da vontade e dos indivíduos e a efetivação e transações civis se vincula à harmonia e às formas de construir um local justo e solidário (ROLDÁN PARDO, Juan Felipe. *El estado de la arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del derecho internacional privado y el arbitraje internacional*. [S.l.]: Revista de Derecho Privado, n. 44, jul./dez. 2010, p. 5-9). Em uma tradução livre, o estudo de Echandi também é o seguinte: “Na realidade da verdade, a ordem pública está composta por todas as disposições de carácter imperativo que existem no ordenamento jurídico de cada nação. Em si, se tem em conta que a norma é imperativa quando é considerada pelo legislador como de interesse geral, porque do contrário não se entenderia a razão de sua obrigatoriedade, pode concluir-se que no fundo toda norma imperativa é uma norma de direito público. Unicamente as disposições potestativas, que estão submetidas à vontade dos particulares, são as que não interessam à ordem substancial do Estado, é dizer, são de direito privado. Logo, a ordem pública é, em definitivo, o direito público de cada país” (ECHANDEA, Hernando Devis. *Evolución de la noción de orden publico*. [S.l.]: Revista de la Universidad Nacional, (1944-1992), n. 6, 1946. Disponível em <https://revistas.unal.edu.co/index.php/revistaun/article/view/13530/14211>. Acesso em 17 jan. 2023). Além disso, a ordem pública além de possuir uma infinidade de compreensão sobre seu significado também se vincula diretamente com a dignidade da pessoa humana. Isso se reflete no estudo de Gouveia e Rosário quando afirmam que a Constituição – e aqui, seja ela brasileira ou portuguesa, ou qualquer outro local Estado democrático de Direito – tem como aplicação de lei fundamental que delimita o poder político e elenca os direitos, liberdades e garantias de todas as pessoas. A ordem pública encontra-se como o cerne de se manter a defesa desses direitos e liberdades (GOUVEIA, Bacelar; ROSÁRIO, Pedro Trovão. *Apontamentos de Direito Constitucional, 2004- 2005*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2005, p. 5-9. Disponível em <https://www.studocu.com/pt/document/universidade-lusiada-de-lisboa/direito-constitucional/direito-constitucional-apontamentos/21336935>. Acesso em 17 jan. 2023). Além disso, é importante pautar que ao identificar situações de possíveis abusos de direito não se pode somente delimitar a ordem pública a outros limites axiológicos do direito subjetivo, como a solidariedade e a boa-fé, sendo que essas situações jurídicas podem ser limitadas e este não é o intuito do instituto jurídico, tanto do abuso de direitos como em uma condição de se manter a ordem pública. Apontando para princípios insertos no interior da Constituição da República portuguesa, como informou Perlingieri. A fala do autor também se volta no que dispõe aos documentos jurídicos que devem ser interpretados conforme os princípios éticos que serão construídos de acordo com a evolução da sociedade, isso também recai ao entendimento do cabimento da ordem pública (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 4-5).

sistema de regras ou soma de princípios criados para estabelecer o modo ou a maneira por que se deve proceder ou agir, dentro da sociedade, em que se vive, ou das instituições, de que se possa participar. [...] III. Ordem. Propriamente derivada de ordenar, de *ordenare* (regular, dar princípio, dispor), é tida na significação de *mando*, *autorização*, *outorga*. Neste último sentido é que se tem a compreensão de cláusula à ordem. É a cláusula que dispõe de autorização, da outorga, que dá autoridade à pessoa para que possa transferir ou ceder a propriedade do que lhe é passado à ordem, por medo endosso.¹¹⁶

Especificamente, o dicionário de Silva também define o significado como: “ORDEM PÚBLICA. Entende-se a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto. Não se confunde com a ordem jurídica, embora seja uma consequência desta e tenha sua existência formal justamente dela derivada.”¹¹⁷

A ordem pública, na maior parte dos casos, é exposta perante os textos legais e os discursos institucionais e acadêmicos, de forma que se aparece unida à palavra “manutenção”. A União se faz seguramente em um significado conservador e não se abre a possibilidade de modificação e do que se estabelece como ordem pressuposta. Assim, o item imprescindível utilizado é que a ordem deverá ser respeitada, se fazendo claro que as pessoas devem se manter em condição com aquilo que o Estado traz como organização¹¹⁸.

O termo “ordem pública” refere-se a um conceito amplo e abstrato que engloba a manutenção da segurança, da paz social e do funcionamento regular da sociedade. No contexto da lei e do sistema de justiça penal, a ordem pública é considerada um interesse coletivo a ser protegido. Embora não haja uma definição precisa e única para o termo, a ordem pública pode abranger diferentes aspectos, tais como a segurança e tranquilidade social que se refere à necessidade de proteger a sociedade contra crimes que possam causar perturbação, medo ou insegurança na comunidade.

Mais adiante, a prevenção de novos crimes, pois busca evitar que o acusado, caso seja solto, cometa novos delitos e coloque em risco a integridade e a segurança das pessoas. Também sobre a integridade do processo penal que envolve a proteção da confiança no sistema de justiça, evitando interferências que possam prejudicar a imparcialidade, a integridade das provas ou a realização de um julgamento justo.

¹¹⁶ SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico* – vol. III (J-P). São Paulo: Forense, 1973, p. 1099.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 1101.

¹¹⁸ ZACKESKI, Cristina. *A construção do conceito de ordem pública nas políticas de segurança dos distritos federais do Brasil e do México (1980-2005)*. Brasília: Universidade de Brasília, Doutorado em Estudos Comparados sobre as Américas, Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, 2006.

E por fim, sobre a manutenção da autoridade e legitimidade do Estado que visa garantir o respeito às leis e às decisões judiciais, bem como a preservação da estabilidade política e institucional.

No entanto, é importante ressaltar que a interpretação e aplicação do conceito de ordem pública podem variar de acordo com o contexto cultural, político e jurídico de cada país. A definição e o peso atribuído à ordem pública podem ser influenciados por fatores históricos, sociais e jurídicos específicos de uma determinada sociedade.

Para Giacomolli¹¹⁹, utilizando-se sobre a análise da Constituição Federal de 1988, a segurança pública recai ao Estado como um dever, mas também é de responsabilidade de todos, exercendo a preservação da ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio e é exercida pelas autoridades policiais – e não judiciais. Dessa forma, o autor conclui na seguinte consideração: “Nos estreitos limites do recolhimento ao cárcere porque o autor de um delito interfere na ordem pública, se faz mister, primeiro, enunciar fatos idôneos (novos, contemporâneos) e circunstâncias concretas, demonstráveis. Por isso, meras conjecturas e presunções imprevisíveis. Em segundo lugar, o conteúdo da ordem pública há de ser delimitado, restringido, pois a prisão, por essa motivação, interfere no direito fundamental da liberdade. A vinculação jurisdicional da necessidade da prisão para garantir a ordem pública se justifica nos casos em que o delito coloque em risco a organização estrutural de uma instituição do Estado ou do próprio Estado de Direito. Nessa delimitação não cabem motivações de prevenção especial ou geral.”¹²⁰

Assim, questiona-se se é fundamental a utilização da ordem pública como fundamento para medidas restritivas em demasiado, como a prisão em caráter preventivo, pautando-se no sentido de que é preciso ter certa parcimônia a ser utilizado. Por ser um conceito amplo, como será visto, em forte sentido subjetivo e até podendo ser considerado como um termo “vazio”, deveria ser realizada com cautela, equilíbrio e observância dos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos no processo penal. Deve-se ponderar com outros princípios se a proteção da ordem pública é necessária, como a presunção de inocência, devido processo legal e a proporcionalidade das medidas adotadas.

Compreender a ordem pública, portanto, se faz importante trazer menções ao período em que primeiro surge a afirmação dessa característica como formação do Estado. No século

¹¹⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisões, liberdade e cautelares pessoais* – nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 96-97.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 97.

XX se afirmava que a ordem pública se fazia perante um enigma aos juristas mais famosos¹²¹. O que é, efetivamente, a ordem pública?

Neste capítulo, portanto, será tratado sobre a ordem pública com definições presentes no Brasil e em Portugal, além de já abordar sobre a prisão em caráter preventivo e o uso do argumento de garantia da ordem pública para sua manutenção e o processo penal como instrumento das garantias processuais.

2.1 A ordem pública na Constituição Federal de 1988 e Constituição Portuguesa

Na Constituição Federal de 1988¹²² o termo “ordem pública” aparece cinco vezes. A primeira menção está no artigo 34 que afirma que “a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] III – pôr termo a grave comprometimento da ordem pública”. Mais adiante, há a disposição no capítulo sobre a defesa do Estado e das instituições democrática, sobre o Estado de Defesa e do Estado de Sítio no artigo 136. Este artigo menciona que o Presidente da República tem a possibilidade de estabelecer a decretação do Estado de Defesa caso haja a necessidade de manutenção ou reestabelecimento da ordem pública ou da paz social. Porém, previamente, é preciso que o mesmo consulte o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional¹²³⁻¹²⁴.

Mais adiante, sobre a segurança pública, o texto Maior informa no artigo 144 que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos [...]”¹²⁵. O mesmo artigo, no parágrafo quinto informa que a preservação da ordem pública e as ações ostensivas são responsabilidade dos policiais militares. E por fim, no parágrafo décimo, a segurança viária também é exercida para que se mantenha a ordem pública e da incolumidade das pessoas¹²⁶.

¹²¹ VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹²² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 jan. 2023.

¹²³ Idem.

¹²⁴ Declaração de Estado de Defesa em decorrência da COVID-19: BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Disponível em <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DLG&numero=6&ano=2020&ato=b1fAzZU5EMZpWT794>. Acesso em 26 jan. 2023.

¹²⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 jan. 2023. Documento não paginado.

¹²⁶ Idem.

A ordem pública foi um termo cunhado na Antiguidade¹²⁷, e, por muitas vezes, se confunde com a segurança pública. Isso porque é correlacionada com o clamor público, a gravidade de um determinado crime, notoriedade pública, periculosidade, até sobre a proteção da sociedade e do próprio agente suspeito ou criminoso, e ultimamente, para dar maior credibilidade às decisões do Poder Judiciário. Tentar definir a ordem pública é uma tarefa árdua, embora, por muitas vezes, tenha termos e informações correlatas dentro da produção acadêmica¹²⁸.

Concomitante com a ordem pública, a segurança jurídica também se encontra com uma relação direta e umbilical com a ordem pública¹²⁹⁻¹³⁰. Disposta como a determinação de

¹²⁷ BAMONTE, Tércio Felipe Mucedola. *Manutenção da ordem pública no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Edição do Autor, 2017, p. 3-5.

¹²⁸ Definições da ordem pública em diversos cenários, como é visto na obra de Agra, o autor também informa sobre essa controvérsia entre a ordem pública: “Outro conceito passível de controvérsias é o de ordem pública. O que é ordem? De forma mais simples podemos chegar a uma definição contrária: ordem significa o inverso de desordem. Definindo-a de forma mais precisa, podemos concebê-la como a adequação das relações sociais segundo parâmetros preestabelecidos. Portanto, seguindo esse prisma, estando as relações sociais de acordo com regulamentações previamente determinadas, temos a concretização do conceito de ordem, mesmo que essa ordem provenha de um regime fascista ou nazista” (AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 775). Tourinho Filho também menciona que é difícil a conceituação de ordem pública no ordenamento jurídico brasileiro, informando que a “ordem pública é expressão de conceito indeterminado” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal – vol. III*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 474). Há também a disposição de Gomes que as críticas que se realizam no ambiente jurídico não pode ser motivo para ausência de uma tentativa de conceituação, informando que o termo carrega uma “expressão porosa, indeterminada, ambígua, nada clara, campo fértil para arbitrariedades” (GOMES, Luiz Flávio (et al.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 146). Mais adiante, Lopes Jr. em sua doutrina informa que a ordem pública é um conceito vago, indeterminado, prestando-se a qualquer pessoa uma maleabilidade conceitual que chega a ser “apavorante” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 108). Mais adiante, Choukr discorre que ao existir uma ausência de conceituação, a ordem pública traz uma dificuldade de uso pelo próprio Estado, por ser um aspecto que é puramente retórico (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 638).

¹²⁹ BAMONTE, Tércio Felipe Mucedola. *Manutenção da ordem pública no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Edição do Autor, 2017, p. 5-15.

¹³⁰ Além disso, A segurança jurídica é um princípio fundamental do direito que busca garantir estabilidade, previsibilidade e confiança nas relações jurídicas. Ela é essencial para o funcionamento de um sistema jurídico justo e eficaz, fornecendo uma base sólida para a tomada de decisões legais e a proteção dos direitos individuais. A segurança jurídica implica que as leis sejam claras, estáveis e aplicadas de forma consistente ao longo do tempo. Isso permite que as pessoas conheçam seus direitos e obrigações, tomem decisões informadas e se sintam protegidas pela estrutura legal em vigor. Além disso, a segurança jurídica contribui para a previsibilidade das consequências legais das ações, garantindo que os indivíduos possam planejar suas atividades de acordo com as regras estabelecidas. Um aspecto importante da segurança jurídica é a proteção da confiança legítima. Isso significa que as pessoas têm o direito de confiar nas leis existentes e nas decisões judiciais, desde que não haja alterações substanciais e retroativas que possam prejudicar seus direitos adquiridos ou expectativas legítimas. A confiança na segurança jurídica é crucial para a estabilidade social e econômica, incentivando investimentos, comércio e desenvolvimento. Além disso, a segurança jurídica está intimamente ligada aos princípios da igualdade e da não arbitrariedade. Ela pressupõe que todas as pessoas sejam tratadas de forma igual perante a lei e que as decisões judiciais sejam baseadas em critérios objetivos e imparciais. A segurança jurídica também exige que as leis sejam aplicadas de forma consistente, sem discriminação ou favoritismo. Em resumo, a segurança jurídica é um elemento essencial para a estabilidade, a confiança e a justiça no sistema jurídico. Ela promove a previsibilidade, protege direitos individuais e coletivos e contribui para o desenvolvimento harmonioso das relações sociais, econômicas e políticas. A garantia da segurança jurídica é uma responsabilidade tanto dos legisladores na elaboração das leis

uma reação do Estado frente situações que podem ir contra a paz e a ordem social, mediante a ação de um determinado grupo ou indivíduo. O que a sociedade espera de uma Constituição e Texto Maior de uma sociedade é que se mantenha a segurança pública do local em que se vive ou transita.

A sociedade, portanto, tem como anseio que a lei seja aplicada de forma a se manter o Estado Democrático de Direito se faz a aplicação da lei, de acordo com o texto da Constituição, o respeito às leis infraconstitucionais, e a determinação dos seguintes textos legislativos que decorrem e respeitam o primeiro texto Maior¹³¹. Assim, manter a segurança pública é manter as características de um Estado Democrático de Direito e a soberania do Estado.

Neste sentido: “Tem-se por justo e perfeito, portanto, que dentro de um Estado Democrático de Direito a segurança jurídica do cumprimento dos mandamentos legais seja estreito e inquestionável. Certo também, [...], a lei deve primar sobre outras fontes de proteção jurídica, e que ela deve servir como pauta para todos os julgamentos. O mínimo, então, que se deve esperar de um Estado Democrático de Direito é a segurança jurídica que a lei confere e as instituições devem ser capazes de respeitar e fazer cumprir.”¹³²

Salienta-se que o conceito de ordem pública não poderá ser apenas no sentido de reprimir o agente na sociedade, esse aspecto “repressivo” que se correlaciona com a ordem pública. Obviamente, sua maior e principal correlação está disposta sobre o descaso e a afronta aos princípios sobre o Estado Democrático de Direito.

A ordem pública também precisará ser visualizada em um sentido “positivo”¹³³, sendo preciso que os entes governamentais proporcionem as melhores e mais dignas condições de vida a toda coletividade que faz parte do Estado. A importante menção de Agra é que não poderá

quanto dos operadores do direito na sua aplicação e interpretação (ALMEIDA, João Alberto de; BRITO, Thiago Carlos Souza de. *O princípio da segurança jurídica e suas implicações na relativização da coisa julgada*. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 57, jul./dez. 2020, p. 175-205). Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Em Algum Lugar do Passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil*. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Constituição e Segurança jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica*. Brasília: Revista da Escola Nacional de Magistratura, n. 1, p. 92-118, abr. 2006. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/20687/onda_reformista_direito_positivo.pdf. Acesso em 18 jul. 2023.

¹³¹ A segurança jurídica tem como conceito e alvo de controvérsias no Brasil, como traz Agra. O autor e doutrinador informa que, embora haja uma tradição de conceituação sobre a segurança pública, ainda existe essa controvérsia. De acordo com a primeira Constituição do Brasil de 1824, os direitos civis e políticos tinham como finalidade assegurar a liberdade, a segurança individual e a propriedade, de acordo com o artigo 179. Não somente isso, a segurança pública, atualmente, “visa garantir a todos os cidadãos a proteção dos seus direitos, inclusive os sociais, deixando de lado um passado não muito distante, em que sua função se resumia à defesa da propriedade e uma pequena elite da população brasileira” (AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 775).

¹³² BAMONTE, Tércio Felipe Mucedola. *Manutenção da ordem pública no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Edição do Autor, 2017, p. 5.

¹³³ AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 775-776.

ser analisada a ordem pública excluindo da análise em conjunto com a garantia dos direitos fundamentais como a vida, o bem-estar, trabalho, justiça social etc.

A ordem pública tem seu estabelecimento de encontrar a razão na realização dos direitos fundamentais que estão presentes na Constituição de um determinado local. Isso porque a ordem pública e os direitos fundamentais irão se correlacionar enquanto este último deve prevalecer, amparando os cidadãos contra arbitrariedades do Estado. Mantê-la, enquanto forma de ordem social, a ordem pública também é imperativa à organização e disposições do Estado para com a coletividade.

Evidentemente, o vocábulo “polícia” tem como conceituação no vocábulo grego *politeia*¹³⁴. O significado tem vinculação com a ordem estabelecida pelas decisões tomadas na ágora, representando a ordem e organização política e administrativa do Estado em que se localiza. Os antecedentes históricos da própria ordem pública serão encontrados em outras civilizações, além da grega, como no Egito e em Roma¹³⁵. Nesta última, a ordem pública se consolida com o Imperador Augusto, instituindo o cargo de inspetor e a supervisão do *pretor*. E de uma forma estrita, a segurança pública e a ordem pública estarão dispostas¹³⁶ no sentido de ter o objetivo de obstar a violação das normas estabelecidas. Dilui-se nas esferas administrativas, judiciária, civil, florestal e, também, penal.

¹³⁴ E ainda: “É esta ideia que Platão designa como *Politeia*, termo grego que dá nome à obra supramencionada e que Cícero traduziu para o latim *Respublica*. A *politeia* não se confunde com nenhum dos regimes reais, em particular não se confunde com os dois regimes dominantes na Grécia clássica, a oligarquia e a democracia. Toda *polis* é presidida por leis e estas são a expressão do grupo hegemônico da cidade. Cada *polis* se caracteriza, portanto, pela qualidade de suas leis, ou seja, pelo seu regime político: este pode ser o regime da maioria ou de alguns apenas, democracia ou oligarquia. O problema dos regimes concretos é que cada um deles, ao invés de contemplar a totalidade da *polis* é excludente: o povo exclui os oligarcas e vice-versa. Ora, tais exclusões não condizem com o conceito de Estado ou *politeia*, que é antes incluyente, plural. [...] Portanto o Estado, a *politeia*, enuncia-se conceitualmente como esta totalidade onde diferentes tipos de homens, agrupados em classes, são levados a realizar, no interior de cada classe, o bem a que fazem jus por seu trabalho. Idealmente pelo menos ele resolve o problema da justiça: o Estado justo será aquela instituição que buscará essencialmente o bem de todos e de cada um, o bem comum. Neste Estado ideal princípio e fim se harmonizam perfeitamente. O princípio: liberdade de cada um assegurada na medida em que também é assegurada a liberdade de todos. O fim: a virtude de mais alto significado político, a justiça entendida como bem comum. Eis aí o triunfo completo - em teoria - da cidade do filósofo virtuoso Sócrates (digamos, sua “vingança”) (MIRANDA FILHO, Mário. *Politeia e virtude no republicanismo clássico*. São Paulo: Lua Nova, n. 38, dez. 1996, p. 56-57. Disponível em <https://www.scielo.br/j/ln/a/zTb7f5RFYNWj3d6kkrGJpDG/?lang=pt>. Acesso em 23 jan. 2023). Há também as obras: BURTON, Neel. *O Mundo de Platão: a vida e obra de um dos maiores filósofos de todos os tempos*. São Paulo: Cultrix, 2013; PLATÃO. *A República*. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000, p. 1-10; E como afirma Aristóteles: “A constituição (*politeia*) é a estrutura que dá ordem à cidade, determinando o funcionamento de todos os cargos públicos e sobretudo da autoridade soberana” (ARISTÓTELES. *Política*. Bilingüe grego-português. Trad. A. Campelo Amaral e Carvalho Gomes. Lisboa, Veja: 1998, p. 5-10).

¹³⁵ DONADONI, Sergio. *O Egito sob dominação romana*. In: MOKHTAR, G. História Geral da África: África Antiga. São Paulo: Ática/UNESCO, 1983, p. 179-203; confira também em: ALFÖLDY, Géza. *A história social de Roma*. Lisboa: Presença, 1989.

¹³⁶ DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Gráfica Luna, 1979, p. 256-257; SILVA, Luís Antonio da Gama e. *A Ordem Pública em Direito Internacional Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1944, p. 171-172.

O texto constitucional de um Estado dará como dever a garantia de manutenção do direito e da responsabilidade em se manter a segurança pública e ordem pública, de forma que os meios necessários para que se mantenha o exercício do Estado Democrático de Direito são os autorizados dentro do texto da Constituição. Se não o fosse, valeria a vontade dos mais forte, seria um retrocesso às *vinditas* privadas. A consciência de cidadania que deve ser desenvolvida e estabelecida na sociedade depende no respeito às leis e aos direitos fundamentais por parte dos cidadãos.¹³⁷.

Para complementar o assunto acerca da ordem pública, a necessidade de repensá-la e verificar sua aplicação e conceituação, Prado e Santos¹³⁸ trazem uma excelente análise sobre a prisão preventiva com o escopo de recolha de dados, indício de prova ou prova da colaboração premiada. Além da falta de previsão legal, tal medida esbarra em um problema técnico brutal. Dentre as hipóteses prisionais, não há motivo de prisão processual para realização de acordo de colaboração premiada ou de fornecimento de provas. Inclusive, esse uso prisional está em oposição ao direito de produzir provas contra si mesmo, ao princípio da legalidade e ao direito à liberdade por utilização, além de tudo, imoral do ser humano como meio e não como fim. Inclusive, pode-se pensar na obtenção da delação premiada como item conveniente à instrução. No entanto, é, sem dúvida, caso de abuso de poder e de desvirtuamento da natureza excepcional da prisão em caráter preventivo que reduz a liberdade como direito fundamental em nome de uma ponderação estranha com o abstrato direito à segurança¹³⁹.

O que os autores ressaltam¹⁴⁰ é que o réu quando preso para que se garanta a aplicação da lei e a apropriada instrução criminal tem a sua aplicação em alguns pontos de compatibilidade, possuindo uma eventual proposta para se colaborar ou receber prêmios. Há uma compatibilidade entre a prisão preventiva verdadeiramente cautelar e mencionam a ordem pública. No entanto, aqui se estabelece outra crítica é que o que é essa busca, a todo o momento, de se manter a ordem pública, conceito esse que vem sendo abordado ao longo do presente estudo: Então, há o mínimo de compatibilidade entre a prisão preventiva verdadeiramente cautelar e o acordo que não se torna tão desarrazoado. Contudo, essa mesma compatibilidade ínfima não existe quando se trata de prisão preventiva estabelecida na ordem pública, especialmente ao se aderir ao senso comum jurisprudencial sobre tal fundamento prisional. Em primeiro lugar, há um problema temporal. A ideia disseminada nos tribunais é de que a ordem

¹³⁷ AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 776.

¹³⁸ PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *Prisão Preventiva: A contramão da modernidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 170-172.

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ Idem.

pública contém ultratividade, isto é, pode dar ensejo à prisão tempos após seu “fato” gerador, o suposto crime. Diante disso, o acordo se dá com um abalo em curso que continua irradiando sua mácula à ordem pública. Em segundo lugar, o Judiciário (Ministério Público imediatamente e o julgador mediatamente), ao fazer o acordo, supõe uma espécie de absorção da ofensa à ordem pública, como se a retirasse do mundo da vida. Se fosse fácil assim conter a mácula à ordem pública, as prisões nacionais não estariam com a quantidade exorbitante de presos provisórios. Em terceiro lugar, eis problemas específicos, visto que a gravidade do delito, a periculosidade do acusado, a perversidade ou a insensibilidade, diferentemente do que parece pensar o Judiciário, não desaparecem com um acordo e com a respectiva soltura do agente. Para aqueles que defendem tais significados de ordem pública, há perenidade nessas condições que se retiram da suposta prática delitiva ou dos limites e pena. E tais caracteres não se modificam, tanto é que dão amparo às prisões que perduram por longo tempo¹⁴¹.

O termo “ordem pública”, de fato, não está presente especificamente no texto da Constituição da República de Portugal. Remete-se à ordem pública a questão de ordem constitucional democrática, como está no artigo 19º, item 1. Há também a menção de “ordem que ofenda os seus direitos” no artigo 21º. A “ordem jurídica do Estado requisitante” no artigo 33º. Em questão de defesa nacional, tem como objetivo garantir a “ordem constitucional”¹⁴².

No Código de Processo Penal, presente no Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro¹⁴³, no Capítulo II “Das Condições de Aplicação das Medidas”, informa no artigo 204º sobre os requisitos gerais que “nenhuma medida de coação, à excepção da prevista no artigo 196º, pode ser aplicada se em concreto se não verificar, no momento da aplicação da medida [...]”, no item “c” que “perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas”¹⁴⁴.

Sobre a ordem pública ainda no texto da Constituição Política atual de Portugal traz um carisma natural¹⁴⁵. Representa uma possibilidade de abrir e organizar as formas coletivas de vivência da sociedade, sendo que é a ordem do Estado que irá ser consumado ao longo do

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa – VII Revisão Constitucional [2005]. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 17 jan. 2023. Documento não paginado.

¹⁴³ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro – Código de Processo Penal. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=199A0202&nid=199&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=%23artigo. Acesso em 23 jan. 2023.

¹⁴⁴ Idem, documento não paginado.

¹⁴⁵ PIRES, Francisco Lucas. *A ordem pública e a ordem política em Portugal*. Lisboa: Comum, Repositório Comum, Instituto de Defesa Nacional, ano I, n. 1, jul. 1976, p. 27-29. Disponível em https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/2974/1/NeD01_FranciscoLucasPires.pdf. Acesso em 23 jan. 2023.

tempo. A Constituição Portuguesa, portanto, é a via única, normativa, organizativa e prospectiva do país de forma que entender a ordem pública se correlaciona com a ordem política *toul court*. O que é visto no Estado português perante o período de Revolução e após é a sequência de que há um quadro fundamental que paira a “paz portuguesa”¹⁴⁶.

É a partir dessa paz que busca o Estado uma passiva e reservada estadualidade. Explicando em concomitância a ordem pública e a ordem política, esta última, tem como base o início de uma sustentação que se ampara na consciência e na organização para que a ordem pública se estabeleça dentro do perímetro delimitador de sua secundariedade, evoluindo ao ponto de se tornar virtualmente supérflua¹⁴⁷.

O que Pires busca explicar é sobre essa “paz portuguesa” que escora a Constituição. Segundo ele, ela não se contenta que a Constituição seja pressuposta. O que está implícito é que haja uma ação estratégica de âmbito democrático por parte do Estado e seus órgãos, e que esta seja única e consistente. O governo deve agir de forma ampla na ordem política, e inclusive constituinte, há a necessidade de posicionamento partidário pré e pós-governamental e partidário. O autor afirma que não é apenas uma questão de Estado, e nem este é o âmbito em que se define tal ordem política se realiza. O fato reside na causa, no estabelecimento de uma unidade que não deve ser pressuposta e que ainda não se encontra culturalmente fluida. É algo tão comum que se «revela» somente no «visual» dos limites externos do horizonte coletivo e nos limites internos da consciência¹⁴⁸.

Dias¹⁴⁹ quando abordou a questão dos quadros de existência do Estado-de-direito material explica sobre quando é utilizado o termo “ordem pública”: “A antijuridicidade, como valoração autónoma da ordem jurídica através da qual se liga a um certo comportamento humano, um sentido de desvalor jurídico, detém prioridade lógica ôntico-social e normativa sobre o tipo. Ela há-de possuir os seus próprios postulados e o seu próprio sentido, sendo, nesta acepção, uma antijuridicidade material. Decerto: em direito penal, por força do *nullum crimen sine lege* ou do que chamei o “tipo-de-garantia”, nem toda a antijuridicidade é relevante, antes só que corresponder à descrição de uma conduta pela lei penal. Mas isso em nada deve obscurecer a conclusão de que o tipo-de-ilícito é sempre, já, a emanação concretizada de uma antijuridicidade que precede e o fundamenta, nem deve impedir – se posso servir-me, sem que

¹⁴⁶ Idem.

¹⁴⁷ Idem.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 29.

¹⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal e Estado-de-Direito material*. Coimbra: [s.n.], [s.d.], p. 45.

me chamem herético, da forma paradigmática de *Hardiwig* – a conclusão de que sem antijuridicidade não há tipo-de-ilícito”¹⁵⁰.

Segundo Figueiredo, a prisão preventiva deve ser utilizada com cautela e somente quando outras medidas cautelares menos gravosas não forem suficientes para garantir a ordem pública, o bom andamento do processo ou a aplicação da lei penal. Extrai-se como ensinamento que a ordem pública, como fundamento para a decretação da prisão preventiva, está intrinsecamente ligada à necessidade de prevenir a reiteração criminosa e à garantia da paz social. Para ele, a ordem pública não se refere apenas à tranquilidade social imediata, mas também à confiança do público na efetividade e seriedade do sistema de justiça criminal. Assim, a prisão preventiva se justifica quando a liberdade do indivíduo representar um risco significativo à ordem pública, especialmente no caso de crimes graves ou quando há indícios fortes de que o acusado possa voltar a delinquir. Por fim, ressalta a importância de uma interpretação restritiva e proporcional da prisão preventiva, enfatizando que essa medida deve respeitar os princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade. O autor ainda alerta contra o uso excessivo ou automático da prisão preventiva, que poderia transformar-se em uma antecipação da pena, o que contraria os princípios do Estado de Direito¹⁵¹.

Importante também mencionar que a doutrina portuguesa¹⁵² como informou Silva, tem uma tendência – uma manifestação de forma de expurgar – o fundamento do *alarma social* como uma forma e causa de decretação da prisão cautelar ou processual. Isso porque se justifica no mediatismo do processo não sendo equivalente aos pressupostos da prisão preventiva, tampouco, o processo penal é interpretado e utilizado para satisfazer uma opinião pública, mas sim, para satisfazer seus fins próprios.

Silva destaca que a prisão preventiva deve ser aplicada com base em fundamentos sólidos e objetivos. A necessidade da prisão preventiva deve ser demonstrada claramente, mostrando que outras medidas cautelares não seriam suficientes para garantir a ordem pública e a regularidade do processo¹⁵³.

Segundo o autor¹⁵⁴, a ordem pública é um dos critérios essenciais para a aplicação da prisão preventiva. No entanto, ele ressalta que a ordem pública não deve ser confundida com a gravidade do crime ou com a sensação geral de insegurança. Em vez disso, a ordem pública

¹⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal e Estado-de-Direito material*. Coimbra: [s.n.], [s.d.], p. 45.

¹⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

¹⁵² SILVA, Germano Marques da. *Sobre a liberdade no processo penal ou do culto da liberdade*. In: ANDRADE, Manuel da Costa (Org.). *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1357-1368.

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ Idem.

deve ser entendida como a necessidade de proteger os valores fundamentais e a segurança da comunidade, e deve ser abordada com base em evidências concretas de risco.

Silva¹⁵⁵ enfatiza a importância da proporcionalidade na aplicação da prisão preventiva. A medida deve ser proporcional à gravidade do crime e ao risco que o acusado representa para a ordem pública. Além disso, ele defende que a prisão preventiva não deve violar os direitos fundamentais do acusado e deve ser aplicada apenas quando estritamente necessário. O autor¹⁵⁶ por fim argumenta que a prisão preventiva deve assegurar que o processo penal ocorra de maneira justa e eficiente. Isso inclui garantir que o réu não possa interferir na investigação ou na coleta de provas e que não represente uma ameaça para a ordem pública ou para a segurança da comunidade.

Na legislação portuguesa existe pouca – ou mesmo escassa – a menção da ordem pública em algumas disposições atribuídas ao preso preventivo. Uma delas está na Lei nº 115, de 2009.

Há também a menção na obra de Andrade¹⁵⁷, proeminente jurista português, também discute a prisão preventiva e a ordem pública em suas obras. Ele adota uma perspectiva crítica sobre a utilização dessa medida cautelar, enfatizando a necessidade de se evitar abusos e de garantir que sua aplicação seja realmente justificada.

Andrade, argumenta que a prisão preventiva, fundamentada na ordem pública, deve ser vista como uma medida excepcional e só pode ser aplicada quando for absolutamente necessária para prevenir a prática de novos crimes, assegurar o normal desenvolvimento do processo penal ou garantir a execução da pena. O autor destaca que a ordem pública não deve ser confundida com a mera tranquilidade pública ou com a reação emocional da sociedade perante a gravidade de um delito. Para Costa Andrade, a ordem pública envolve um conceito jurídico que se relaciona com a proteção de valores fundamentais e com a manutenção da confiança dos cidadãos no sistema de justiça.

Andrade ainda sublinha que a prisão preventiva deve ser sempre avaliada sob a ótica da proporcionalidade, mesma linha de pensamento de Dias, devendo existir uma análise rigorosa sobre se a liberdade do acusado representa um risco real e concreto à ordem pública. Defende que a aplicação da prisão preventiva com base na ordem pública deve ser limitada e

¹⁵⁵ Idem.

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *A prisão preventiva e a sua fundamentação*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993; ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre a prisão preventiva: a ordem pública e a presunção de inocência*. Coimbra: Almedina, 2001.

controlada para evitar que se torne uma forma velada de antecipação da pena, contrariando os princípios fundamentais do direito penal e processual penal¹⁵⁸.

Essa lei menciona algumas obrigações necessárias que se vinculam às medidas já aplicadas dentro da convivência na unidade prisional. Há, por exemplo, a imposição ao recluso preventivo o dever de se sujeitar aos exames de álcool, drogas e doenças, com o escopo de ordem pública e nos fins que se justificam a medida¹⁵⁹.

2.2 Fundamento da prisão preventiva e estado inquisitivo de Direito

A prisão preventiva tem seu caráter de exceção e a correspondência aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, de acordo com Germano: “É urgente cumprir a Constituição e conformar a lei ordinária para que a prisão preventiva adquira o seu caráter de exceção e essa conformação passa necessariamente pelo encurtamento dos prazos porque é dificilmente conciliável com os princípios de inocência e da liberdade, que são a base de nossa civilização, uma prisão preventiva que possa atingir 15 meses imposta a quem, ‘sendo embora arguido de um crime, não está ainda pronunciado ou acusado’, e praticamente impossibilidade de se defender, sobretudo em razão de uma prática processual de matiz autoritária.”¹⁶⁰

É fato que a prisão preventiva, ou a prisão processual que tenha caráter cautelar, somente poderão ser autorizadas e adotadas quando os elementos informados em legislação autorizem o juiz de Direito a decretá-la. Assim, para que seja possível, é preciso que se juntem os elementos suficientes para que o julgador se convença de que, o acusado ou o réu, seja recluso. Consequentemente, não é deliberadamente que as pessoas sejam retiradas do convívio da sociedade, por um lapso de tempo, sem que existam ou perdurem as razões de manter essa decisão¹⁶¹.

¹⁵⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *A prisão preventiva e a sua fundamentação*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993; ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre a prisão preventiva: a ordem pública e a presunção de inocência*. Coimbra: Almedina, 2001.

¹⁵⁹ PORTUGAL. Lei nº 115, de 12 de outubro de 2009. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis. Acesso em 26 jan. 2023.

¹⁶⁰ SILVA, Germano Marques da. *Sobre a liberdade no processo penal ou do culto da liberdade*. In: ANDRADE, Manuel da Costa (Org.). *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1370.

¹⁶¹ Conforme o artigo de Silva, a prisão preventiva possui extremo caráter excepcional, se não será decretada nem mantida sempre que se possa ser aplicada medidas diferentes da prisão, como a caução ou outra medida que seja mais favorável ao acusado ou ao réu que esteja efetivamente previsto em Lei. A medida se abrange perante o respeito aos princípios e as garantias que se classificam por essa medida punitiva (SILVA, Fernando. *Prisão preventiva – análise de direito comparado*. [S.l.]: [s.n.], [s.d.], p. 2).

Ao discutir a prisão preventiva, também é importante mencionar o contexto do estado inquisitivo de Direito¹⁶². O estado inquisitivo de Direito refere-se a um sistema legal no qual o poder de investigar, acusar e julgar é concentrado em apenas uma autoridade. Nesse sistema, o juiz desempenha um papel ativo na coleta de provas e na determinação da culpa, muitas vezes sem a participação plena e igualitária da defesa.

No estado inquisitivo de Direito, a prisão em caráter preventivo tem um possível uso como ferramenta de pressão para obter confissões e informações do acusado, como já visto. O acusado é considerado culpado antes mesmo do julgamento, e a prisão em caráter preventivo em violação clara ao princípio da presunção de inocência, é instrumento de cumprimento antecipado da pena.

No entanto, é importante destacar que, atualmente, a maioria dos sistemas jurídicos busca se afastar do estado inquisitivo de Direito e adotar um sistema acusatório onde há distinção entre os papéis de defesa, acusação e juízo. Neste sistema, a prisão em caráter preventivo é aplicada de forma mais restritiva, somente quando há elementos concretos que justifiquem a sua necessidade para garantir os propósitos legítimos mencionados anteriormente.

Em resumo, se faz fundamental que a prisão preventiva seja utilizada com parcimônia, respeitando os direitos fundamentais do acusado, como o direito à liberdade, ao contraditório, à ampla defesa e à presunção de inocência. O uso indevido da prisão preventiva pode levar a violações dos direitos humanos e comprometer a justiça e a imparcialidade do processo penal.

No entanto, essa parcimônia não tem sido observada “na vida real”. Neste ponto, não se faz difícil encontrar nas decisões jurisprudenciais sobre os casos em que presos preventivos encontram-se por dois ou até mais anos inseridos no sistema carcerário¹⁶³. Não somente

¹⁶² Sobre o tema, cf. CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de (Coord.). *Temas contemporâneos de direito processual*. Belo Horizonte: Dialética, 2021; GOMES, Reginaldo Gonçalves; TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Jurisdição, verdade e processualidade democrática*. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

¹⁶³ Já mencionado e aqui ressalte-se em novos dados, segundo a PorData com as estatísticas de Portugal e Europa, os reclusos totais e em prisão preventiva em 1960 em Portugal contavam com 8.418, e os dados mais atuais em 2021, contava com 11.588 (FUNDAÇÃO FRANCISCO MANUEL DOS SANTOS. *Reclusos: total e em prisão preventiva*. [S.l.]: PORDATA – Estatísticas sobre Portugal e Europa, dez. 2022. Disponível em <https://www.pordata.pt/portugal/reclusos+total+e+em+prisao+preventiva-269>. Acesso em 14 dez. 2022). Já no Brasil, na matéria de Nascimento (2022), de acordo com o levantamento do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes: “[...] **a quantidade de detentos não-condenados nas cadeias brasileiras subiu 1253%, de 1990 a 2010**. O aumento significativo dos presos provisórios é consequência dos altos índices de prisão provisória. Os dados mostram que, do total da população carcerária, **41,5% (337.126) são presos provisórios – pessoas que ainda estão à espera de julgamento**. E que há em todo o país 366,5 mil mandados de prisão pendentes de cumprimento, dos quais a grande maioria (94%) de procurados pela Justiça. Os demais estão foragidos (grifo nosso)” (NASCIMENTO, Stephany. *Sistema carcerário brasileiro: a realidade das prisões no Brasil*. São Paulo: Politize. Publicado em 10 mar. 2022. Disponível em <https://www.politize.com.br/sistema-carcerario-brasileiro/>. Acesso em 26 jan. 2023). Esses dados podem ser confirmados diretamente no site da Instituição da Fundação Luiz Flávio Gomes: INSTITUTO LUIZ FLÁVIO GOMES. *Site institucional*. [S.l.]: Instituto Luiz Flávio Gomes, 2023. Disponível em <https://institutoluizflaviogomes.org/>. Acesso em 26 jan. 2023. E ainda na projeção em 2016 que o Ministério Público havia publicado: CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *A visão do*

homens, mas mulheres também estão inseridas nessas estatísticas e passam a cumprir uma verdadeira pena antecipada por crimes que ainda sequer foram julgados¹⁶⁴. Esta é a problemática principal do presente estudo. Essas prisões preventivas, em diversos casos¹⁶⁵ são mencionadas a “ordem pública” como argumento e razão para se manter essas prisões preventivas.

O caráter inquisitivo aqui se vincula com a abordagem do primeiro capítulo. Prisões cautelares não deixam de ser temas polêmicos no Direito Processual Penal. Se transportam em uma incongruência com a intensidade que o próprio Estado tem de interesse em manter a efetividade do processo penal e, ao mesmo tempo, respeitar os direitos fundamentais do acusado, inclusive o direito à sua liberdade. Admite-se, portanto, que a medida em que se intervém a todo os Estados Democrático de Direito, deve-se mencionar essas prisões cautelares, inclusive o que consiste a prisão preventiva, representando que o poder estatal pode agir na liberdade individual, garantindo o Direito Constitucional e as determinações das Convenções

Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro – 2016. Brasília: Ministério Público, 2016, p. 17. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Biblioteca_Virtual/Livros_Digitais/ESM_P%203355_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf. Acesso em 26 jan. 2023.

¹⁶⁴ Em 2022, o Conselho Nacional de Justiça, com a participação do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e o Ministério da Justiça e Segurança Pública publicaram um estudo sobre mulheres presas e adolescentes em regime de internação grávidas ou mães de crianças até 6 anos. Mulheres presas preventivas. Os dados são alarmantes, principalmente se for analisar por cor e etnia, a discrepância dos dados é assustadora. Um exemplo, em 2018, isso significa que tanto para as mulheres encarceradas e não encarceradas inscritas no Cadastro Único há uma maior concentração de mulheres pardas e uma menor concentração de mulheres brancas, quando utilizada como referência a população brasileira (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Mulheres presas e adolescentes em regime de internação que estejam grávidas e/ou que sejam mães de crianças até 6 anos de idade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, Ministério de Justiça e Segurança Pública, 2022, p. 57-58. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/05/eixo1-primeira-infancia.pdf>. Acesso em 26 jan. 2023). E ainda conta com a crítica de Carvalho Neto: “O descaso com o sistema prisional não é determinado em razão do sexo, contudo cabe enfatizar a situação ainda mais vulnerável das mulheres presas. É possível observar um abandono de duas ordens, a primeira por parte do Estado, na linha acima explicitada, e a segunda de caráter social. Esta pode ser constatada nos dias reservados às visitas na PFDF. Em evidente contraste com as unidades prisionais que abrigam condenados do sexo masculino, as filas são pequenas e um reduzido número de internas possui visitantes assíduos. São raros os casos em que cônjuges buscam manter contato com mulheres presas, pois muitas delas acabam sendo esquecidas, negligenciadas até mesmo pelas próprias famílias” (CARVALHO NETO, Ruy Reis. *Indiferença estatal e social: a situação de abandono das mulheres no cumprimento da pena*. In. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro – 2016*. Brasília: Ministério Público, 2016, p. 31-32. Disponível em https://www.cnmpp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf. Acesso em 26 jan. 2023).

¹⁶⁵ Julgados. A explicação presente sobre uma possível abordagem do que se entende como ordem pública pelo Poder Judiciário deu os ares da graça no julgado do *habeas corpus* nº 89.090/GO pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em 2007 sobre a menção pelo Ministro Gilmar Mendes sobre serem as principais circunstâncias que fundamentam a ordem pública: i) a proteção à integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros; ii) a probabilidade de reiteração criminosa, desde que apresente elementos concretos para tanto na decisão; iii) a credibilidade das instituições (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *Habeas corpus* nº 89.090/GO. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 21 nov. 2006. Publicado em 04 out. 2007. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/2939364>. Acesso em 26 jan. 2023).

Internacionais, antes mesmo que venha à tona a sentença e o julgamento completo de um determinado e possível crime ter sido cometido pelo agente.

A prisão preventiva como argumento para a garantia da ordem pública é um dos frequentes argumentos utilizados pelo Poder Judiciário para que esta seja mantida, e os recursos retóricos decretam e são favoráveis a esse argumento com a justificativa de manter a segurança pública¹⁶⁶.

O conceito de segurança pública que se estabelece não poderá ser uma das razões, de forma efêmera¹⁶⁷, para a limitação da liberdade de uma pessoa. A norma que está disposta nesse sentido de se restringir um direito fundamental – a liberdade – deverá explicitar as demais e necessárias circunstâncias que autorizem a ação por parte do Estado e da ponderação do órgão judicial, perante uma decisão motivada, para se manter uma prisão preventiva. Não somente a “manutenção da ordem pública”.

Retomando um pouco na História, a necessidade em transformar a civilização que fora apoiada e criada perante o poder absoluto do império e tirania das leis, muitas das decisões que eram inferidas e prolatadas estavam desvinculadas da ideia de justiça¹⁶⁸. A formação da

¹⁶⁶ Aqui neste julgado menciona sobre a possibilidade de conceder a prisão preventiva apenas com base na ordem pública: “[...] 1. No caso, a despeito de apresentar prova da existência do delito e indício suficiente de autoria, o decreto preventivo não apontou elementos concretos de receio de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado à ordem pública ou à conveniência da instrução criminal, carecendo, assim, de fundamento apto a consubstanciar a prisão. Precedentes” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). *Habeas corpus* nº 536995 BA 2019/0295699-6. Rel. Min. Sebastião Reis Jr. Julgado em 9 fev. 2021. Publicado em 18 fev. 2021. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1172222730>. Acesso em 30 jan. 2023). E muitas vezes rechaçada pela própria jurisprudência: “PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE ABSTRATA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no artigo 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o *periculum libertatis*. 2. No caso, o decreto de prisão preventiva é genérico, nele não havendo nenhuma menção a fatos que justifiquem a imposição da prisão cautelar. Carece, portanto, de fundamentação concreta, pois se limita a invocar a gravidade abstrata da conduta atribuída ao agente, elemento ínsito ao tipo penal em tela e insuficiente para a decretação ou manutenção da prisão preventiva, sob pena de se autorizar odiosa custódia ex lege. 3. Ademais, a quantidade de droga apreendida - 204g (duzentos e quatro gramas) de maconha - não é suficiente para demonstrar a periculosidade do paciente ou a gravidade concreta da conduta, mormente se consideradas as circunstâncias pessoais favoráveis do agente. 4. Ordem concedida (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). *Habeas corpus* nº 504386 SP 2019/0105898-8. Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro. Julgado em 28 mai. 2019. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/859659697>. Acesso em 30 jan. 2023).

¹⁶⁷ Segurança pública para Silva: “é o afastamento, por meio de organizações própria, de todo perigo, ou de todo mal, que possa afetar a ordem pública, em prejuízo da vida, da liberdade, ou dos direitos de propriedade do cidadão. A segurança pública, assim, limita as liberdades individuais estabelecendo que a liberdade de cada cidadão, mesmo em fazer aquilo que a lei não lhe veda, não pode ir além da liberdade assegurada aos demais, ofendendo-a” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico* – vol. IV (Q – Z). São Paulo: Forense, 1973, p. 1417).

¹⁶⁸ Sandel em seu livro sobre Justiça discute de forma aprofundada a ideia de Justiça, aqui, brevemente, segue um dos trechos de seu livro: “[...] Não se pode alcançar uma sociedade justa simplesmente maximizando a utilidade ou garantindo a liberdade de escolha. Para alcançar uma sociedade justa, precisamos raciocinar juntos sobre o significado da vida boa e criar uma cultura pública que aceite as divergências que inevitavelmente ocorrerão. É tentador procurar um princípio ou procedimento capaz de justificar, de uma vez por todas, qualquer distribuição de renda, poder ou oportunidade dele resultante. Tal princípio, se conseguíssemos encontrá-los, permitiria que

sociedade passa a entender, após um período, que se não existir uma efetiva atividade jurídica com o fulcro em conteúdo humanitário, o direito ainda seria uma das justificativas e bases para a continuidade de barbáries praticadas pelas próprias legislações e pelos legisladores¹⁶⁹.

Passando pela evolução da sociedade e o que tudo o que foi ultrapassado pelo Direito e pela construção de um Estado Democrático de Direito, os reflexos no direito processual penal também veio à tona para modificar ou talvez apaziguar os ânimos de uma possível tirania e arbitrariedade em seu maior poder: obstar a liberdade de alguém. É fato que o processualista moderno, a partir das consciências e vivências sociais, traz seu escopo na busca de manter a ordem constitucional¹⁷⁰.

O processo tem como maquinação perante as bases do regime democrático. Se proclamam no que dispõem sobre os microcosmos democráticos do Estado de Direito. Se referem às condições de garantia e manutenção da liberdade, igualdade, participação, contraditório e ampla defesa, e o clima de existência de legalidade e responsabilidade nas decisões tomadas¹⁷¹.

Para se manter a prisão em caráter preventivo, pelo Código de Processo Penal, é necessário que, primeiramente, cumpram-se as hipóteses do artigo 313, os requisitos do artigo 312, segunda parte, e os fundamentos, primeira parte: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. §1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das

evitássemos os tumultos e as disputas que as discussões sobre a vida boa invariavelmente ocasionam. No entanto, é impossível evitar essas discussões. **A justiça é invariavelmente crítica.** [...] questões de justiça são indissociáveis de concepções divergentes de honra e virtude, orgulho e reconhecimento. Justiça não é apenas a forma certa de distribuir as coisas. Ela também diz respeito à forma certa de avaliar as coisas” (grifo nosso) (SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 322).

¹⁶⁹ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁷⁰ Essa construção é disposta por Lopes Jr.: “O homem é um ser coexistencial, que não pode subsistir por longo tempo independente de qualquer contato; ao oposto, devido à natureza de suas condições existenciais, todas as pessoas dependem do intercâmbio, da colaboração e confiança recíproca. Ao não alcançar sua plenitude isoladamente, está obrigado a manter contato com outros homens. Inobstante, o homem é um animal insatisfeito, insatisfeito precisamente em relação aos que convivem com ele, e isso arranca-lhe uma série de atitudes sociais, de conflitos sociais. Esses conflitos intersubjetivos de interesses devem ser regulados pelo Direito, sob pena de colocar em risco a própria manutenção da vida em sociedade. Tal conflito vem caracterizado como uma colisão de atividades entre os diversos membros da comunidade, ou seja, como uma incompatibilidade exteriorizada entre várias atitudes dinâmicas assumidas pelas partes que dão lugar ao conflito” (LOPES JR., Aury. *A instrumentalidade garantista do processo penal*. Santa Catarina: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, 2001, p. 1. Disponível em https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/22131/2/A_Instrumentalidade_Garantista_do_Processo_Penal.pdf. Acesso em 19 dez. 2022).

¹⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (artigo 282, § 4º). § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada” (grifo nosso)¹⁷².

Não somente a utilização deste artigo, mas o artigo 314 que também trata dos impedimentos, como a fundamentação no artigo 315 e os fundamentos conforme o artigo 316¹⁷³.

Será mais bem abordado no capítulo seguinte, no entanto, para que a prisão em caráter preventivo seja mantida deve-se ter a legitimidade da representação dada pela autoridade policial, o requerimento emitido pelo MP e, em adição, o assistente de acusação e o juiz, através da instrução processual penal¹⁷⁴.

Nota-se ainda que a prisão em caráter preventivo tem como consequência a suspensão temporária do direito fundamental da liberdade de ir e vir. Regime, em regra, é o fechado, e se atenta à possibilidade de substituir a prisão em caráter preventivo por outras ações distintas do aprisionamento do indivíduo, como as estabelecidas por medida cautelar. Na prática, observa-se que a prisão em caráter preventivo, como já abordado, é a última opção perante as análises do caso concreto. Alternativas são analisadas propriamente para que seja evitado atacar tal direito fundamental por meio Estado¹⁷⁵.

É contraproducente afirmar que o poder judiciário tem, de fato, uma quantidade grande de pessoas que estão inseridas no sistema carcerário brasileiro, privados, portanto, do convívio da família e da sociedade graças à defesa da prisão em caráter preventiva como instrumento para que se mantenha a ordem pública¹⁷⁶.

De fato, a manutenção da ordem pública presente no artigo 312 do Código de Processo Penal brasileiro é alvo de constantes crítica por parcela da doutrina¹⁷⁷ e na produção acadêmica

¹⁷² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 23 jan. 2023. Documento não paginado.

¹⁷³ Idem.

¹⁷⁴ Idem.

¹⁷⁵ PRADO, Luis Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *O fator “credibilidade” na prisão preventiva: a pessoa humana como meio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1011, jan. 2020, p. 5. Disponível em http://regisprado.com.br/resources/CREDIBILIDADE_PRISAO.pdf. Acesso em 30 jan. 2023.

¹⁷⁶ Para Bamonte, a manutenção da prisão preventiva com base na ordem pública é um elemento tão subjetivo que está contido na legislação brasileira que, “seguramente traduz injustiça e insegurança jurídica” (BAMONTE, Tércio Felipe Mucedola. *Manutenção da ordem pública no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Edição do Autor, 2017, p. 3-5).

¹⁷⁷ Quem critica. AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. E também: “No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Além dos mais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria

nos artigos científicos já publicados¹⁷⁸, de forma que há quase uma unanimidade¹⁷⁹ pela advocacia criminal no Brasil.

Poder-se-ia utilizar que o sistema misto, onde se mescla o inquisitivo com o acusatório, traria, ou poderia trazer, ao se manter a prisão de caráter preventivo com o argumento da ordem pública, para Lopes Jr.¹⁸⁰, deve-se atentar ao que existe ainda de discurso entre os juristas e operadores do Direito quando se capturam perante o modelo do processo autoritário e com os resquícios do fascismo. Isso porque mesmo quando se utiliza uma linguagem erudita e ilusionista, quando se fala “em nome da Constituição”¹⁸¹, poder-se-ia travestir as manifestações e decisões com fortes embaraços linguísticos e sem as verdadeiras análises de justificativas da manutenção da prisão em caráter preventivo.

investigar, diligenciar, e somente após, prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*” (LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 43); Como explica Saguiné também que traz uma “difícil aplicabilidade às finalidades legítimas da prisão preventiva, salvo se esta for entendida incorretamente como medida policial e não jurisdicional. Na mesma obra, Saguiné fala sobre essa indeterminação do conceito de ordem pública que traz campo para uma maior abertura de abuso de autoridade (SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 296-299).

¹⁷⁸ FEDATO, Matheus Arcangelo; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Análise crítica da expressão “garantia da ordem pública” na prisão preventiva*. Minas Gerais: Revista da Faculdade de Minas Gerais, vol. 38, n. 2, 2022. Disponível em <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu>. Acesso em 26 jan. 2023; SILVEIRA, José Francisco Oliosi da. *A prisão preventiva e a garantia da ordem pública*. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, [s.d.]. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_04_89.pdf. Acesso em 26 jan. 2023; LAGES, Livia Bastos; RIBEIRO, Ludmila. Os determinantes da prisão preventiva na Audiência de Custódia: reforço de estereótipos sociais?. São Paulo: Revista de Direito GV, vol. 15, n. 3, 2019. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/P9RFdXM8RgtrBSK59hcS6LM/?lang=pt>. Acesso em 26 jan. 2023; MASSENA, Caio Badaró. *Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro*. Brasília: Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 7, n. 3, set./dez. 2021. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rbdpp/a/FbPMLdhn8QC4FjF8JrPH4Rz/?lang=pt>. Acesso em 26 jan. 2023. Entre outros autores que também serão mencionados ao longo dessa dissertação.

¹⁷⁹ BAMONTE, Tércio Felipe Mucedola. *Manutenção da ordem pública no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Edição do Autor, 2017.

¹⁸⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁸¹ Orwell é cirúrgico em suas definições de fascismo: “Geralmente supõe-se, por exemplo, que o fascismo é inerentemente belicoso, que ele prospera num ambiente de histeria bélica e só pode resolver seus problemas econômicos mediante preparativos para a guerra ou conquistas estrangeiras. Mas isso claramente não é verdadeiro no que tange, digamos, a Portugal ou a várias ditaduras sul-americanas. Ou ainda, o antisemitismo é tido como uma das marcas distintivas do fascismo; mas alguns movimentos fascistas não são antisemitas. Controvérsias eruditas que reverberaram por anos sem fim em revisas americanas não foram capazes nem mesmo de determinar se o fascismo é ou não capitalista. Quando aplicamos o termo “fascismo” à Alemanha ou ao Japão ou à Itália de Mussolini, sabemos amplamente a que estamos nos referindo. Foi na política interna que essa palavra perdeu o último vestígio de um significado. Porque, se examinar a imprensa, você verá que não existe quase nenhum grupo de pessoas – certamente não um partido político nem um corpo organizado de nenhum tipo – que não tenha sido denunciado como fascista durante os últimos dez anos” (ORWELL, George. *Fascismo e democracia: o próprio conceito de verdade objetiva está desaparecendo do mundo...esta perspectiva me assusta muito mais do que as bombas*. São Paulo: Montecristo Editora, 2021, p. 35).

Defende-se também que a relação processual penal que existe entre o agente acusado e o Estado, este primeiro está em uma posição de hipossuficiência¹⁸², já que o segundo tem a asseguarção das funções investigativas, acusatórias e jurisdicionais. A razão em que o processo justo e que respeite os direitos fundamentais deverá se atentar à desigualdade material que poderá ocorrer ao longo da persecução penal.

As prisões cautelares no Brasil tiveram um novo regramento em 2011 pela Lei nº 12.403¹⁸³. O tema que se vincula às prisões cautelares em Portugal, na Lei nº 115/2009¹⁸⁴, é discutido no sentido de ressaltar inúmeros posicionamentos na jurisprudência atual. O escopo no que se vincula à efetividade das medidas privativas de liberdade está vinculada aos direitos fundamentais, sendo que a imputação penal quando se vincula à privação de liberdade é preciso ser mais clara e mais bem fundamentada. Diante do que existe com a espécie de prisão e o que se refere como prisão¹⁸⁵, este se vincula ao caráter punitivo e ressocializatório. No entanto, o que ocorre nas prisões de natureza cautelar não é exatamente esse o objetivo, pois durante a persecução penal e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

¹⁸² De acordo com Lopes Jr.: “[...] essa hipossuficiência leva o imputado a uma situação de inferioridade ante o poder da autoridade estatal encarnada pelo promotor, policial ou mesmo juiz. Pode existir uma dificuldade em compreender o resultado da atividade desenvolvida” (LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 228). Como hipossuficiência também há a disposição sobre a principiologia do devido processo penal constitucional que se vincula à ampla defesa e ao contraditório (BATALHA, Sergio Fedato. *Principiologia para um devido processo penal constitucional: a ampla defesa e o contraditório*. Presidente Prudente: Repositório Intertemas Toledo Prudente, vol. 6, n. 6, 2010. Disponível em <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/2552>. Acesso em 30 jan. 2023). Importante fazer um comentário, neste caso, no dicionário de vocabulário jurídico de 1943 de De Plácido Silva não há qualquer menção à hipossuficiência, o que demonstra que o termo somente começa a ser melhor utilizado mesmo após a Constituição Federal de 1988. No entanto, a primeira legislação brasileira que cuida da hipossuficiência, e no caso, a hipossuficiência econômica, mais vinculada ao direito do consumidor, foi com o Decreto nº 2.457, de 1897 (BRASIL. Decreto nº 2.457, 8 de fevereiro de 1897. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2457-8-fevereiro-1897-539641-publicacaooriginal-38989-pe.html>. Acesso em 01 fev. 2023).

¹⁸³ BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em 30 jan. 2023.

¹⁸⁴ PORTUGAL. Lei nº 115, de 12 de outubro de 2009. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis. Acesso em 26 jan. 2023.

¹⁸⁵ Definição de prisão por Silva: “Do latim *prehensio*, de *prehendere* (prender, segurar, agarrar), tanto significa o ato de prender ou o ato de agarrar uma coitantes a prisão, significando o estado de estar preso ou encarcerado. Na terminologia jurídica, é o vocábulo tomado para exprimir o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção, isto é, da liberdade de ir e vir, recolhendo-a a um lugar seguro e fechado, de onde não poderá sair. Nesta razão, juridicamente, pena de prisão quer exprimir pena privativa da liberdade, em virtude da qual a pessoa, condenada a eia, é recolhida e encerrada em local destinado a este fim. Diz-se, também, pena de reclusão ou pena de detenção. Reclusão e detenção têm sentidos equivalentes a prisão, significando o estado de estar preso ou privado da liberdade de andar ou de se locomover sem restrições. O recluso ou o detento, tal como o preso, não pode ir e vir livremente, ou segundo seus desejos [...]” (SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico* – vol. III (J-P). São Paulo: Forense, 1973, p. 1221).

Como bem abordou Saguins é¹⁸⁶, a prisão de caráter cautelar objetiva interferir na liberdade do acusado em um crime mais grave, e que possui uma ingerência temerosa que é preciso ser analisada.

A prisão de caráter cautelar, seja ela qual for, permite o exercício do poder estatal em razão da liberdade individual, frente às garantias em Direito Constitucional e Convenções Internacionais. Ou seja, aqui dá e concede espaço para que ocorram irregularidades das mais diversas formas sem, contudo, que a própria comunidade jurídica deixe de efetivamente se voltar, como é a prática dos sentenciamentos de manutenção de prisão de caráter preventivo tão e somente como resposta da manutenção da ordem pública.

A prisão em caráter cautelar deve ser tratada de forma excepcional¹⁸⁷, há a necessidade de uma decisão judicial fundamentada para incorrer na restrição de liberdade de um indivíduo¹⁸⁸, de forma que poderá ser atribuída na fase ainda do inquérito penal, na persecução penal. Para Marques¹⁸⁹, essa é uma das formas mais genuínas em se verificar a prisão de natureza cautelar. As características, de forma breve, que envolvem a prisão em caráter preventivo estão baseadas: (i) na cláusula de reserva jurisdicional; (ii) ser diversa da prisão temporária, sendo que pode ser atribuída em ambas as fases da persecução penal; e (iii) dependerá da manifestação do MP, da autoridade policial e do querelante, podendo ser decretada de ofício somente quando estiver durante a ação penal¹⁹⁰.

¹⁸⁶ SAGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1.

¹⁸⁷ Conforme a Lei nº 12.403/2011 que alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e outras providências. E também de acordo com o julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça português em 2008: “Foi intenção clara do legislador elevar, por regra, o limiar de pena relevante para que se pudesse admitir prisão preventiva, de 3 para 5 anos. IX. A citada norma da al. b) surge como disposição excepcional que não admite aplicação analógica - Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do C.P.P., pág. 572” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (Unanimidade). *Habeas corpus* nº 07P403. Nº Convencional JSTJ000. Rel. Souto de Moura. Julgado em 31 jan. 2008. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/acb1bd4ca3b4bab7802573e9003859b1?OpenDocument>. Acesso em 30 jan. 2023).

¹⁸⁸ A Constituição Federal de 1988 trouxe sua redação do artigo 93 expressamente a previsão, no inciso IX, sobre a finalidade individualista das motivações das decisões judiciais, de forma a constituir-se como uma garantia das partes com o intuito de permitir o conhecimento das razões e decisões que possibilitam a impugnação de diversas decisões e de seus fundamentos pela via recursal. Permite, portanto, que dê amparo para o operador do Direito enquanto advogado em trazer maiores argumentos em vias recursais quando há uma demonstração de motivos nas decisões tomadas, inclusive, quando se menciona a prisão preventiva. Dessa forma, ainda se permite um maior controle social sobre a atividade jurisdicional, e, esta última, tem como a garantia da publicidade dos atos processuais, conforme o artigo 5º, inciso LX da Constituição Federal de 1988, permitindo a transparência (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013). Mais adiante será melhor abordado e mais bem dissertado este assunto.

¹⁸⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal* – vol. 1. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2003.

¹⁹⁰ Retoma-se aqui sempre as construções de que é preciso que as decisões sejam todas motivadas.

A crítica aqui inserida é sobre o reflexo sobre a permissibilidade conferida pela legislação processual penal quando o juiz detém poderes para a decretação da prisão em caráter preventivo *ex officio*, durante a segunda fase da *persecutio criminis*.

A crítica de Lima¹⁹¹ é que esse, sem qualquer lastro de dúvidas, é o sinal de que o Direito Processual Penal ainda demonstra resquícios de um Estado autoritário e inquisitivo, muito embora tenha passado por reformas já na vigência de um Estado garantista.

Não se nega que a prisão em caráter cautelar, especialmente no caso de prisão em caráter preventivo, quando se analisa a figura do juiz responsável atribuído à condução do processo, tem a possibilidade que vai além do que se caracteriza o sistema acusatório, de forma que se configura com as já mencionadas disposições de acusar, defender e julgar, além de se garantir os direitos fundamentais e essenciais que devem ser observados na relação processual¹⁹².

Aqui menciona-se de forma breve o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do juiz¹⁹³. Assim, a imparcialidade do julgador pode ser prejudicada quando este mesmo possui a permissão em decretar a prisão em caráter preventivo do agente, demonstrando um caráter inquisitivo ainda presente no sistema. Por isso, é importante trazer à tona no primeiro capítulo sobre a diferença entre o sistema inquisitivo, acusatório e misto.

O que existe em contrariedade com a prisão em caráter preventivo motivada pela ordem pública em comento é que o sistema processual, quando tido e assumido como

¹⁹¹ LIMA, Rafael Catani. *A ordem pública como fundamento da prisão preventiva e o estado inquisitivo de Direito*. Pernambuco: Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas, vol. 5, n. 1, 2017, p. 473. Grifo nosso.

¹⁹² Medida excepcional e utilizada como *ultima ratio*, assim como se configura todas as questões vinculadas à privação de liberdade que, de forma íntima, é basilar do Direito Penal e Processual Penal, a prisão preventiva é a medida de coação que se fundamenta no interior de análises de critérios qualitativos e quantitativos, de forma a se destacar a ideia de adequação e proporcionalidade, devendo revestir-se de legalidade. Silva explica que o critério de adequação se associa à aplicação no sentido de que o juiz deve estar vinculado à decisão logicamente fundamentada, utilizando-se do recurso sobre a exceção da escolha da prisão. Deter uma pessoa deve ser um ato que se revela indispensável para que a sociedade continue possuindo a boa administração e a ordem vinculada também à administração da justiça. As investigações e o processo deverão correr sem perturbação de possibilidades criadas pelo agente, caso esteja em liberdade, como é o caso do perigo de fuga para outro país, uma das maiores preocupações e fundamento comum para a aplicação da medida preventiva, segundo o autor (SILVA, Fernando. *Prisão preventiva – análise de direito comparado*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, Repositório Institucional Camões, Oservare, 2004, p. 3. Disponível em <https://repositorio.ual.pt/handle/11144/1605>. Acesso em 14 fev. 2023).

¹⁹³ Como já informado, o sistema acusatório é fundado na separação entre as funções de julgar e acusar. Consagrado constitucionalmente pela titularidade ativa do Ministério Público na ação penal, caracteriza-se pela imparcialidade do órgão julgador a qual se extra as disposições constitucionais sobre as prerrogativas do juiz e sobre a garantia de julgamento pelo juiz natural, além da igualdade entre as partes, o direito à ampla defesa e ao contraditório, consagra-se no artigo 5º, inciso LV do texto constitucional BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 jan. 2023). Ademais, aponta-se também com as características do sistema acusatório do fato de os procedimentos serem orais e públicos, possibilitando impugnações de decisões e o duplo grau de jurisdição, além da ausência de iniciativa probatória do juiz.

acusatório, tem como a figura do juiz cingida à aplicação da legislação e a declaração do direito que se dá à pretensão do Estado em atribuir a prisão cautelar. A prisão em caráter preventivo, aqui em foco, é aferida perante a real necessidade de constrição da liberdade, e nesta construção, muito se utiliza da efemeridade da ordem pública.

Importante a retomada aqui sobre a amplitude que a ordem pública possui e, para Bobbio¹⁹⁴, é um dos aspectos mais distintos e relevantes quando se aborda a prisão em caráter preventivo. Ressalta-se notar a diferenciação existente entre os conceitos de ordem pública constitucional e material. Esta última tem como construção a vinculação à atividade do Direito Administrativo, no que consiste ao direito público e as formas de organizar o Estado. É sinônimo, segundo o autor¹⁹⁵, em uma convivência ordenada, pacífica e equilibrada.

Assim, a ordem pública material é uma das vinculadas à regulamentação pública. A jurisprudência brasileira tem como tendência a ampliação do conceito “material” da ordem pública, fazendo-se incluir uma função pública ou o normal funcionamento do Estado. Bobbio informa que a ordem pública é onde se encontram os limites ao exercício dos direitos de um cidadão, devendo-se tomar especial atenção aos casos que flertam com os direitos de liberdade definidos pela Constituição Federal. Sendo assim, não é possível que se origine limites que estejam além dos limites constitucionais referentes a cada direito, estabelecendo-se um limite geral ligado à Ordem Pública¹⁹⁶.

Além disso, no direito brasileiro, como menciona o jurista português Miranda¹⁹⁷, há a influência alemã e italiana principalmente nas medidas constritivas que coíbem a criminalidade, utilizando-se do exemplo da Alemanha que trouxe a definição da ordem pública com a origem histórica no estado de exceção e ligado ao exercício político. Analisar que o modelo de Estado onde a ordem pública é aplicada, seja ela material ou constitucional, se estabelece perante uma

¹⁹⁴ Observa-se: “Fala-se de Ordem pública com significados completamente diferentes em hipóteses dificilmente conciliáveis com um sistema orgânico de conceitos. Em primeiro lugar, no direito público defende-se desde há muito tempo uma concepção material ou objetiva da Ordem pública que é semelhante à que vigora na área política. A Ordem pública é concebida ao mesmo tempo como uma circunstância de fato como um fim do ordenamento político e estatal e nesse sentido o encontramos na legislação administrativa, policial e penal como sinônimo de convivência ordenada, segura, pacífica e equilibrada, isto é, normal e conveniente aos princípios gerais de ordem desejados pelas opções de base que disciplinam a dinâmica de um ordenamento. Nessa hipótese, Ordem pública constitui objeto de regulamentação pública para fins de tutela preventiva, contextual e sucessiva ou repressiva, enquanto a jurisprudência tende a ampliar o conceito “material” de Ordem pública até fazer incluir nele a execução normal das funções públicas ou o normal funcionamento das instituições como a propriedade, de importância publicitária (ordem legal constituída)” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1998, p. 851).

¹⁹⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1998, p. 851.

¹⁹⁶ Idem.

¹⁹⁷ MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1990, p. 277.

noção da ordem pública possuir a aplicação perante os limites e a permissão de uma maior redução dos direitos de liberdade¹⁹⁸.

Em final, segundo Prado e Santos¹⁹⁹, além de o Brasil ter uma estimativa de que um quarto de seus presos serem aqueles em execução provisória de pena²⁰⁰, o cenário é que a maior parte deles não possuem sentença condenatória com trânsito em julgado. Há a percepção de existir uma grande influência desse número fazer parte das prisões processuais e da discutida execução antecipada de pena que fora criada pelo STF. Afirmam os autores que a maior parte destes indivíduos se encontra preso preventivamente, a modalidade de prisão com caráter provisória mais utilizado.

Não somente isso, as prisões preventivas em sua grande maioria²⁰¹ valem-se do argumento de manutenção da ordem pública para serem mantidas, respaldadas pelo artigo 312 do Código de Processo Penal. Sem qualquer levantamento da quantidade de significados que “ordem pública” pode conter, em muitas vezes, Prado e Santos²⁰² informam que seus significados são incompatíveis com a Constituição de 1988 e que divergem entre si, sendo que por muitas vezes se tornam impossíveis de serem rechaçados em sede de recurso e não se sujeitam ao exame de verificabilidade ou ao contraditório, sendo alvo de debate como está sendo na presente dissertação.

¹⁹⁸ Importante se faz consignar que existe uma lei no Brasil que traz a definição da ordem pública. O Decreto-Lei nº 88.777, de 30 de setembro de 1983, trouxe no artigo 2º, item 19: “Manutenção da Ordem Pública - É o exercício dinâmico do poder de polícia, no campo da segurança pública, manifestado por atuações predominantemente ostensivas, visando a prevenir, dissuadir, coibir ou reprimir eventos que violem a ordem pública”. E ainda no artigo 2º, item 21: “Ordem Pública - Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum” (BRASIL. Decreto-Lei nº 88.777, de 30 de setembro de 1983. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d88777.htm. Acesso em 30 jan. 2023. Documento não paginado).

¹⁹⁹ PRADO, Luis Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *O fator “credibilidade” na prisão preventiva: a pessoa humana como meio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1011, jan. 2020, p. 2-6. Disponível em http://regisprado.com.br/resources/CREDIBILIDADE_PRISAO.pdf. Acesso em 30 jan. 2023.

²⁰⁰ Criada pelo *habeas corpus* nº 126.292-SP: “CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ARTIGO 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas corpus* nº 126.292 SÃO PAULO. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgado em 17 fev. 2016. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 30 jan. 2023. Documento não paginado).

²⁰¹ PRADO, Luis Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *O fator “credibilidade” na prisão preventiva: a pessoa humana como meio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1011, jan. 2020, p. 2-13. Disponível em http://regisprado.com.br/resources/CREDIBILIDADE_PRISAO.pdf. Acesso em 30 jan. 2023.

²⁰² Idem.

O que consiste como entendimento do que existe na prisão preventiva em Portugal, Dias²⁰³ explica que o processo penal português espelha as relações e notáveis instrumentos que advém da Constituição Portuguesa, utilizando-se, inclusive, com a atenção das possíveis restrições e violações da liberdade pessoal dos cidadãos, sendo relevante a tutela constitucional que se trata sobre o princípio da proibição da prisão preventiva, conforme o artigo 8º, nº8, com exceção dos casos previstos nos parágrafos 3º e 4º, além da exigência de ordem escrita por autoridade legalmente estabelecida e da concessão da providência de *habeas corpus* quando houver flagrante delito. Essa construção reflete o que será apreciado no subitem a seguir.

Neste sentido, Miranda também conclui: “Nos direitos de liberdade, parte-se da ideia de que pessoas, só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações ou inseridas em certos grupos ou formatações sociais, exigem respeito e proteção por parte do Estado e dos demais poderes. [...] Liberdade e libertação não se separam, pois; entrecruzam-se e completam-se; a unidade da pessoa não pode ser truncada por causa de direitos destinados a servi-la; e também a unidade do sistema jurídico impõe a harmonização constante dos direitos da mesma pessoa e de todas as pessoas.”²⁰⁴

Como forma de atualização, existe uma nova discussão acadêmica que vem ganhando força sobre os desafios do direito do século XXI, tratado por Valente, no que corresponde a criminalização, o consenso, a tutela digital e laboral. O texto de Valente traz uma reflexão que o cenário português – e mundial – tem sido, passa e passará por modificações do *modus vivendi* da população, de forma global e digital, e que isso reflete nas novas e complexas formas de violência, sendo marcado por uma nova concepção de liberdade, garantias fundamentais e nas justificativas de pensamentos para se redescobrir o Direito²⁰⁵. Valente aborda questões

²⁰³ DIAS, Jorge de Figueredo. *Clássicos Jurídicos* – direito processual penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 80.

²⁰⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional* – direitos fundamentais: Tomo IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 100-101.

²⁰⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Os desafios do Direito do século XXI: violência, criminalização, consenso, tutela digital e laboral*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 16-28. O autor também em uma outra obra informa sobre essa modificação que o Direito Penal está a passar: “O Direito Penal tem, nos últimos anos, sofrido uma discussão sobre a manutenção ou a alteração do paradigma. Esta discussão desenrola-se entre os defensores de um Direito Penal humanista, de liberdade, designados por muitos de Direito penal do cidadão, e os defensores de um Direito Penal justicialista detrator de algumas das garantias materiais e processuais (e jurídico-constitucionais) do ser humano e os defensores de um Direito penal bélico ou do inimigo apeado na ideia do delinquente de uma ‘coisa’. Esse debate científico-criminal, ao qual se deve anexar o debate da comunidade científica de outras ciências sociais e humanas e políticas, sem excluir a intervenção oportuna e útil das ciências exactas, e, ainda, da comunidade não científica, é uma necessidade na construção da sociedade do século XXI: o século da afirmação do ser humano como ser livre em uma sociedade livre e solidária. O século da comunicabilidade intersubjetiva” (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito penal do inimigo e terrorismo*. Lisboa: Almedina, 2019, p. 9). Esse reflexo de uma nova formatação de pensamento também é visto no artigo de Rodrigues, quando a autora menciona que “justiça ‘imposta’ e justiça ‘negociada’ são formas extremas que fazem apelo, respectivamente, à participação e ao consenso, dando lugar a modelos nuances e complexos. Ambos conferindo papel activo à vítima ou ao delinquente, seja através da participação, seja através do consentimento [...]”.

relacionadas à prisão preventiva e à ordem pública em suas obras. Enfatiza a necessidade de uma aplicação rigorosa e bem fundamentada da prisão preventiva, especialmente no que tange à ordem pública.

Ainda, destaca que a prisão preventiva deve ser uma medida de exceção e não uma regra geral, como a maioria dos autores informam. A sua aplicação deve ser cuidadosamente justificada e proporcional ao risco que o réu representa para a ordem pública. Ele ressalta que a medida deve ser utilizada apenas quando outras medidas cautelares forem insuficientes para garantir a ordem pública e a correta administração da justiça²⁰⁶.

Sobre a ordem pública, argumenta que o conceito de ordem pública deve ser entendido de forma restritiva e não pode ser utilizado para justificar a prisão preventiva com base na gravidade do crime apenas. Para ele, a ordem pública envolve a proteção dos valores fundamentais e a segurança da comunidade, mas não deve ser confundida com a sensação de insegurança ou com a necessidade de retribuição popular²⁰⁷.

Enfatiza a importância de garantir que a prisão preventiva não viole os direitos fundamentais do acusado. Ele defende que, para que a prisão preventiva seja válida, deve haver uma evidência clara de que a sua aplicação é indispensável para prevenir riscos à ordem pública e para assegurar o desenvolvimento adequado do processo penal²⁰⁸.

Sobre o assunto ainda verifica-se Rodrigues²⁰⁹ que entende e enfatiza a prisão preventiva não é uma forma de punição antecipada, mas sim uma medida cautelar destinada a garantir o processo penal e a ordem pública. Argumenta que a ordem pública é uma justificativa válida para a prisão preventiva, mas deve ser interpretada de forma restritiva. A ordem pública não deve ser usada de maneira generalizada para justificar a prisão preventiva; ao invés disso, deve haver uma avaliação específica sobre o risco concreto que o acusado representa para a comunidade. A ordem pública, nesse contexto, refere-se à necessidade de proteger a segurança e a integridade da sociedade em face de possíveis condutas ilícitas do acusado.

Na verdade, nas sociedades modernas, complexas e plurais, o indivíduo reforçou a sua legitimidade em detrimento do Estado, tornando-se raiz, projecto e limite. O aparelho estadual deixou de identificá-lo, como até então, pelo lugar que ocupa e pelos papéis que desempenha. Atenuaram-se os laços de reciprocidade que o ligavam ao Estado, surgindo, perante este, enquanto tal, pelo simples facto de existir” (RODRIGUES, Anabela Miranda. *Consensualismo e prisão*. Coimbra: Documentação e Direito Comparado, n. 79/80, 1999, 355-356).

²⁰⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Os desafios do Direito do século XXI: violência, criminalização, consenso, tutela digital e laboral*. Coimbra: Almedina, 2019; VALENTE, Manuel. *Prisão Preventiva. Teoria Geral e Prática*. Lisboa: Edições Almedina, 2006; VALENTE, Manuel. *Direito Processual Penal e Ordem Pública*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2010.

²⁰⁷ Idem.

²⁰⁸ Idem.

²⁰⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Consensualismo e prisão*. Coimbra: Documentação e Direito Comparado, n. 79/80, 1999, 355-356.

A autora ainda destaca a importância do princípio da proporcionalidade na aplicação da prisão preventiva. A medida deve ser proporcional à gravidade do crime e ao risco que o acusado representa. Rodrigues²¹⁰ reforça que a prisão preventiva só deve ser utilizada quando outras medidas cautelares menos gravosas não forem suficientes para assegurar a ordem pública e a regularidade do processo. Sublinha, por fim, que a prisão preventiva deve ser aplicada com respeito pelos direitos fundamentais do acusado. A aplicação desta medida cautelar deve ser equilibrada, garantindo que a privação da liberdade seja justificada e que os direitos do indivíduo não sejam comprometidos de forma excessiva.

Deve-se analisar com melhor perícia o processo como o instrumento para as garantias processuais fundamentais que estão atribuídas também como direitos fundamentais dos cidadãos, como será visto logo a seguir, de forma breve.

2.3 O Processo Penal como instrumento para garantias processuais fundamentais

O Processo Penal é uma parte essencial do sistema jurídico que visa justiça em casos de infrações penais. Engloba as regras e procedimentos que devem ser seguidos desde a investigação inicial até a decisão final proferida por um tribunal. No entanto, para um Processo Penal justo e equitativo, são necessários o estabelecimento e o respeito às garantias processuais fundamentais.

As garantias processuais fundamentais são um conjunto de direitos e princípios que protegem os indivíduos envolvidos no processo penal, incluindo tanto os acusados quanto as vítimas. Essas garantias têm como objetivo assegurar a igualdade, a imparcialidade e o respeito aos direitos humanos durante todas as fases do processo.

Entre as principais garantias processuais fundamentais estão – não se esgotando a lista delas – a (i) presunção de inocência, ou seja, até que sua culpa seja comprovada através de um julgamento justo, todo indivíduo é considerado inocente. Isso implica que o ônus da prova recai sobre a acusação, e não sobre o acusado; (ii) o Direito à ampla defesa, estabelecendo que o acusado tem o direito de acesso às provas, de ser informado sobre as acusações que nele recaem e de preparar e apresentar sua defesa, apresentando testemunhas e provas em seu favor; (iii) o contraditório, direito das partes envolvidas no processo em contraditar as alegações e as provas apresentadas pela outra parte, assegurando a contestação e a refuta dos argumentos contrários; (iv) o Juiz imparcial e independente, sendo imparcial e não ter interesse pessoal ou preconceito

²¹⁰ Idem.

quanto ao resultado do processo. A imparcialidade do juiz é fundamental para garantir um julgamento justo e equilibrado; (v) a publicidade do processo, sendo que o Processo Penal deve ser público, permitindo que a sociedade acompanhe e fiscalize a atuação da justiça. No entanto, em casos específicos, a privacidade pode ser garantida para proteger a dignidade das partes envolvidas; (vi) e ainda, destaque para a proporcionalidade das medidas cautelares, como a prisão preventiva, deve ser aplicada de forma proporcional, somente quando estritamente necessária e quando não houver alternativas menos invasivas para garantir a efetividade do processo. Essas garantias processuais fundamentais são essenciais para a proteção dos direitos individuais, a equidade no processo penal e a justiça. Seu respeito e observância são essenciais para garantir assegurar a legitimidade e a confiança no sistema de justiça.

Agora, é preciso destacar o estudo e as configuração que se atracam no significado do processo. O Processo, como um todo, é definido na teoria da seguinte forma: “Ação de contemplar, examinar, estudo, conhecimento especulativo, conhecimento racional, conjunto de princípios fundamentais duma arte ou duma ciência, doutrina ou sistema fundado nesses princípios, noções gerais, generalidades etc.”²¹¹

Além disso, menciona-se o significado de acordo com o Vocabulário Jurídico de Silva: “Do grego *teoria*, de *thereo* (contemplar), exprime e designa o conjunto de princípios e leis fundamentais, que servem para relacionar, ou para dirigir uma ordem de fenômenos, tornando-se, destarte, necessários e indispensáveis ao conhecimento de uma ciência, ou de uma arte. [...] No Direito, como em qualquer outra ciência, as teorias têm o propósito de fixar princípios que servem de fundamento ao Direito Positivo [- assim considerado por ter sido posto, colocado pelo Estado -], ou que bem esclarecem as razões científicas que devem dominar a elaboração das leis, tendo predominância quando de utilização.”²¹²

Encontramos na análise do processo penal a afirmação de que prática e teoria proporcionam a sistematização dos conceitos que estão dispostos nos textos de lei que devem ser aplicados à realidade. Define-se a teoria como um conjunto de conceitos que, sistematizados, possibilita que conheçamos a realidade. A teoria não proporciona um conhecimento imediato de uma determinada realidade, mas garante as ferramentas (conceitos) para que, de forma sistemática, formem esta mesma teoria²¹³.

²¹¹ Dicionário Aurélio Eletrônico. Século XXI. Versão 3.0, nov. 1999 *apud* COELHO, Fábio Alexandre. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed. São Paulo: Ebook, 2022, p. 26.

²¹² SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico* – vol. III (J-P). São Paulo: Forense, 1973, p. 1226-1227.

²¹³ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 17.

O Processo Penal, portanto, de forma sucinta, nasce do cometimento da infração penal. Ao Estado, juntamente com o crime, nasce o poder-dever de punir – a pretensão punitiva – e que se consubstancia com a legislação material, basilar com o direito fundamental e o princípio da legalidade, sem uma tipificação de crime que o preveja, não há crime. Partindo do princípio de que o Direito Penal é formador de um corpo de leis atribuídas ao poder punitivo do Estado, o Processo Penal realiza o Estado Democrático de Direito por meio das regras e vias estabelecidas para que seja possível agir, ainda que punindo, seguindo os direitos fundamentais do agente. Ressalta-se que a principal meta do Direito Penal é tutelar a liberdade, sendo que ao se impor os trâmites necessários, é possível que a liberdade seja sempre discutida e pouco cerceada²¹⁴.

O Direito Processual Penal, neste passo é o ramo das ciências criminais cuja meta é permitir que vários dos princípios constitucionais sejam aplicados, consagrados de garantias humanas fundamentais²¹⁵, de forma que irá ser o anteparo do poder punitivo estatal.

Ao instrumentalizar a jurisdição, ou seja, trazer à tona a ação judiciária, é preciso que as partes já estejam devidamente inseridas e cientes do que está ocorrendo, de forma que o Processo Penal é o grupo de atos que serão realizados sucessivamente, preordenando à solução de conflito de interesse que possua alta relevância social²¹⁶. Regulamentando esses atos, os integrantes do procedimento devem estar agindo todos pelas leis penais e com propriedade com o auxílio do operador do Direito²¹⁷.

O Direito, entendido como uma linguagem, essa deve ser o prisma fenomenológico-existencialista. Deve ser considerado como uma linguagem que, servindo como ponto de partida, tem sua aplicação dentro de um contexto social específico. Neste princípio, vemos que é esta é a forma com a qual o direito processual penal interpreta e aplica as leis penais de maneira a manter seu prumo de acordo com a Constituição e a atualidade²¹⁸. A partir deste

²¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 50.

²¹⁵ Idem.

²¹⁶ Importante trazer à tona que os ensinamentos de Karl Marx e o que deriva de toda a sua obra, Dias e Andrade afirmam que o entendimento sobre o crime e a criminologia sobre o modelo da criminologia radical, “[...] se reconduz aos princípios do marxismo. A criminologia radical distingue entre crimes que são expressão dum sistema intrinsecamente criminoso (v.g., a criminalidade de *White collar*, o racismo, a corrupção, o beicismo) e o crime das classes mais desprotegidas. Este, que constitui o verdadeiro problema criminal da sociedade capitalista, nem sempre é encarado com simpatia pelos criminólogos radicais. Na medida em que se traduz num acto individual de revolta, este crime revela uma falta de consciência de classe e representa um dispêndio gratuito de energia que importa canalizar para a revolução” (DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 61-62).

²¹⁷ TUCCI, Rogéria Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 32-33.

²¹⁸ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 45-46.

ponto de vista, a aplicação do Processo Penal como a conferência do direito penal em sua maior efetividade é discutida. A efetividade do direito penal é elemento depende da boa compreensão do processo penal. Este último necessita proporcionar meios para materializar a aplicação da pena. Nota-se que o jus puniendi está refletido na figura do Estado. Nos casos de ação privada, isto não muda, dado que o querelante assume o papel de substituto processual²¹⁹.

Há argumentos que se utilizam dentro do instituto da prisão preventiva que é a “credibilidade das instituições”²²⁰. Como muito se fala nessa busca de credibilidade e que muito também se correlaciona com o crime que foi cometido e a forma com que a sua repercussão foi elaborada ao longo do período na sociedade²²¹. Há preocupação de se mostrar que a sociedade visualize que tal delito ou crime foi, de fato, tratado pelas instituições como tal, merecendo a atenção necessária e a pena aplicada necessária.

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, o que se verifica entre o liame de segurança jurídica e a credibilidade das instituições está à disposição dos cumprimentos dos mandamentos legais.

Neste sentido: “O mínimo, então, que se deve esperar de um Estado Democrático de Direito é a segurança jurídica que a lei confere e as instituições devem ser capazes de respeitar e fazer cumprir. O problema surge quando a lei dá margem a interpretações, que o momento político e social é capaz de proporcionar ao julgador, deixando ao encargo da subjetividade o cumprimento e interpretação da normal, o que nem sempre atende aos reais anseios da sociedade. Magistrado, juiz, árbitro, órgão colegiado e julgador. Nenhum destes entes que compõe os pacificadores e solucionadores de conflitos são alheios aos eventos sociais e

²¹⁹ Ibidem, p. 46.

²²⁰ PRADO, Luis Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *O fator “credibilidade” na prisão preventiva: a pessoa humana como meio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1011, jan. 2020. Disponível em http://regisprado.com.br/resources/CREDIBILIDADE_PRISAO.pdf. Acesso em 30 jan. 2023.

²²¹ Em uma pesquisa realizada pelo Observatório Permanente da Justiça em 2022, foram pesquisados um conjunto de quase quinhentos magistrados judiciais portugueses que respondem ao inquérito da Rede Europeia de Conselhos de Justiça, afirmando a pesquisa que 26% dizem acreditar que alguns juízes recebem ou já receberam subornos nos últimos três anos. Também, 27% desses magistrados também informam crer que existem irregularidades na distribuição de processos judiciais (GOMES, Conceição. *Um quarto dos juízes acredita que há corrupção na justiça mesmo que seja ‘muito raramente’*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça, Universidade de Coimbra. Publicado em 15 ago. 2022. Disponível em <https://opj.ces.uc.pt/2022/09/19/um-quarto-dos-juizes-acredita-que-ha-corrupcao-na-justica-mesmo-que-seja-muito-raramente/>. Acesso em 31 jan. 2023). E ainda se preocupa em dispor que mesmo que exista uma credibilidade maior atribuída às instituições como levá-la a seu máximo se ainda existem corrupções e irregularidades processuais, ou mesmo, os próprios magistrados em pesquisa afirmam existir posicionamentos irregulares de outros profissionais como o caso de recebimento de suborno e distribuição irregular de processos? Fica o questionamento retórico neste sentido. Como discussão também há a matéria de Correia: CORREIA, José Macário. *A falta de credibilidade na justiça e na segurança*. Alentejo: Sul Informação. Publicado em 4 jan. 2021. Disponível em <https://www.sulinformacao.pt/2021/01/a-falta-de-credibilidade-na-justica-e-na-seguranca/>. Acesso em 31 jan. 2023.

políticos cotidianos. Afetados estão pelos formadores externos de opinião, deturpando – por óbvio – aquilo que se entende por justiça ou aplicabilidade da lei.”²²²

Explica-se que o processo, enquanto forma de garantia da segurança jurídica, também se atrela, umbilicalmente, às garantias individuais. O fruto da sociedade humana nada mais é que a associação natural visando conter contradições e repetir erros do passado. Os confrontos que podem ocorrer entre as normas e princípios constitucionais, aplica-se, portanto, o que o constitucionalista Barroso²²³ explica que a premissa que alicerça sobre o raciocínio desenvolvido é que não há hierarquia normativa entre as normas constitucionais. Sendo elas, formais ou materiais, não há qualquer distinção entre elas. A explicação é que além do entendimento do Direito, hierarquia poderia referir-se-á uma ideia de a norma possuir o fundamento de validade em outra, em que esta última é superior.

O destaque que se dá a algumas normas se expressa pela eleição do constituinte em formá-las e dividi-las em grupos dentro da lógica e sistemática de garantias. E assim, no Direito Constitucional positivo brasileiro, as normas prestigiadas em questão de matérias que seriam “imodificadas” e imutáveis são chamadas de “cláusulas pétreas”. Essas cláusulas, portanto, dentro do elenco do parágrafo quarto do artigo 60 da Constituição Federal informa que algumas das normas da Constituição de 1988 não poderão ser modificadas, emendadas ou abolidas: (i) normas que alterem a estrutura federativa do Estado; (ii) alterações na forma de votação (secreta, periódica, direta e universal); (iv) separação dos três Poderes; (iv) que estabelecem as garantias e direitos dos indivíduos²²⁴. E por fim, essa última, é uma das construções que o próprio Processo Penal também se forma.

No Brasil, o processo penal foi modificado e transmutado ao longo do tempo, sendo que não é e nunca foi apenas o texto do Código de Processo Penal de 1941. No entanto, no Brasil, pela Constituição da República Federativa de 1988, aprofunda-se na questão constitucional em se manter as questões ligadas às garantias individuais e os direitos fundamentais, sendo “fato consumado e indiscutível”²²⁵.

Dentro de uma visão garantista sobre o processo penal não se faz em um posicionamento minoritário. Isso porque ao se analisar as decisões emanadas pelos tribunais superiores, estes se revelam com a necessidade em se ter cada vez mais as liberdades públicas

²²² BAMONTE, Tércio Felipe Mucedola. *Manutenção da ordem pública no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Edição do Autor, 2017, p. 5.

²²³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 187.

²²⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 jan. 2023.

²²⁵ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 8.

sob cuidado. E, em seu caso, a pauta garantista é que não deixa de ser interpretações e extensões de cada uma das garantias e direitos fundamentais expostos no texto Maior de 1988.

Alencar e Távora preliminarmente já trazem a colaboração do ser humano e da obra humana a afirmarem que diferentes visões serão identificadas, dado que a prática do Direito é uma obra humana. Porém, isso não significa que estas são arbitrárias ou não garantistas. O que se observa é uma variedade de interpretações mesmo do próprio sentido de humanidade e da discussão da melhor forma de promoção dos direitos. A Constituição brasileira, de caráter garantista, traz em seu texto a proteção penal dos direitos humanos, o que pode ser inaceitável para aqueles que, focando apenas no sistema penitenciário atual, defendem abolicionismo penal²²⁶.

O processo penal em constantemente em evolução também reflete a estrutura do Estado dentro de um determinado período. Goldsmidt²²⁷ traz o entendimento que os princípios aplicados dentro do processo político de uma nação se definem como os próprios segmentos da política estatal de forma geral. Se pode decidir que a estrutura do processo penal demanda a garantia dos princípios constitutivos do processo de forma igualitária.

Lopes Jr.²²⁸ explica que a titularidade do poder de atribuir uma pena através do Estado passou a evoluir e sair da vingança privada para se implantar os critérios da justiça. O Estado, em sua posição de ente político e jurídico, traz assim a proteção de comunidade. O fortalecimento do estado incorre em sua monopolização da justiça, fazendo com que se impeça que a justiça seja feita com as próprias mãos por particulares e implantando uma revisão da natureza do processo em si. Invocar a tutela jurisdicional é ato fundamental diante da violação de uma proteção. Assim, o processo penal, como estrutura preestabelecida pelo Estado, e através de um ente imparcial, alheio à vontade das partes, é ferramenta fundamental para a solução do conflito, sendo a única estrutura legítima para a imposição da pena²²⁹.

Explica-se que ao se democratizar substancialmente a justiça, de forma breve, há a afinidade de que o modelo de justiça garantista é necessariamente pela estrutura do garantismo²³⁰. O garantismo, não está relacionado com uma mera legalidade, formalismo ou

²²⁶ Idem.

²²⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. *La Ciencia de la Justicia - Dikelogía*. 2. ed. Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 59-82.

²²⁸ LOPES JR., Aury. *A instrumentalidade garantista do processo penal*. Rio Grande do Sul: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, 2001, p. 2. Disponível em https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/22131/2/A_Instrumentalidade_Garantista_do_Processo_Penal.pdf. Acesso em 31 jan. 2023.

²²⁹ Idem.

²³⁰ Neste sentido: “[...] *el modelo penal garantista equivale a un sistema de minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones*” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo*

processualismo, mas sim, em tutelar os direitos fundamentais e no respeito à vida de liberdades civis, políticas e pessoais, dentro do que se atribuem os direitos individuais e coletivos, representa-se os interesses, valores e bens. Tais também são atribuições políticas, fundamentadas e justificadas perante a existência dos artifícios do Direito e do Estado²³¹.

Rangel²³² elucida que é atribuída ao processo penal como a disposição do garantismo penal a função que assegura ao indivíduo, quando identificado seu ato – como autor – lhe é imputado e assumido aquilo que for de lei. A privação ou não da sua liberdade é consequência. De fato, como uma consequência lógica, a imposição proibitiva traz um verdadeiro desafio do Estado, sendo que este está também em uma situação de poder a todo momento, para que se restabeleça a paz jurídica, apresentar comportamento violador de bens jurídicos penalmente tutelados²³³.

Uma crítica de Rangel sobre as normas proibitivas do Direito Penal está nessa possibilidade em aberto de violação dos bens jurídicos. O fracasso do Direito Penal reside em diversas condições desenvolvidas pelo próprio sistema, através das proibições de agressão do indivíduo à sociedade e da impossibilidade de o Estado auto executar sua conduta, através de seu poder de polícia. Isto decorre no surgimento de uma pretensão processual penal onde se busca não apenas aplicar as sanções previstas, mas, em essência, garantir ao acusado os direitos constitucionais²³⁴.

Impende destacar que o que se expõe aqui é que o Estado busca garantir os direitos e garantias processuais do indivíduo, também há uma possibilidade em aberto que, a todo o momento, poderá cometer arbitrariedades²³⁵. É por essa razão que o garantismo no Processo

Penal. 2. ed. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid, Trotta, 1997, p. 22).

²³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoria del Garantismo Penal*. 2. ed. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid, Trotta, 1997, p. 567.

²³² RANGEL, Paulo. *O garantismo penal e o aditamento à denúncia*. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, vol. 4, n. 13, 2001, p. 180-181. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/79115818.pdf>. Acesso em 31 jan. 2023.

²³³ Ibidem, p. 178.

²³⁴ Idem.

²³⁵ Sobre o tema, o Estado, responsável por garantir a proteção dos direitos processuais dos agentes envolvidos no sistema de justiça, também pode cometer arbitrariedades. Essa questão é de extrema importância no contexto do Direito, uma vez que a busca pela justiça e pela equidade no processo penal deve ser acompanhada de medidas para evitar abusos e violações dos direitos individuais. As arbitrariedades cometidas pelo Estado podem ocorrer em diferentes formas. Pode ocorrer, por exemplo, violação da presunção de inocência, quando o Estado pode agir de forma a presumir a culpabilidade de um indivíduo antes de seu julgamento, tratando-o como culpado antes mesmo de se comprovar sua culpa. Essa violação da presunção de inocência compromete a imparcialidade do processo e o direito fundamental de ser considerado inocente até prova em contrário. Também pode ocorrer, o que se insere no assunto desta dissertação, possíveis prisões arbitrárias, quando o Estado pode realizar prisões sem fundamentos legais adequados, ignorando as garantias processuais e privando indevidamente indivíduos de sua liberdade. Essas prisões arbitrárias podem resultar em detenções injustas e abusos contra os direitos humanos. Mais adiante, também envolvido no tema, o uso indevido de medidas cautelares, como a prisão preventiva, para

Penal em se garantir os bens jurídicos de forma a se seguir, não somente a legislação de uma forma geral, principalmente os direitos e garantias fundamentais, é preciso existir esse equilíbrio entre um momento de punir e o seguinte de se garantir os direitos e garantias.

O regramento do Processo Penal encontra-se em disposição a essas garantias. E ainda, mesmo seguindo-o à risca, existem debates que estão em aberto e sendo aventados, como é o caso do argumento de manutenção da ordem pública para a prisão preventiva, sem qualquer outra justificativa ou informação que possibilite que, o operador do Direito, enquanto advogado do acusado, puder argumentar em sede recursal.

É com este supedâneo que ao compreender que mesmo existindo o exato e certo regramento do Processo Penal, em seu caminhar correto e sem quaisquer nulidades, ainda se abre discussão perante as formas que a legislação é aplicada na prática²³⁶. Essa é a intenção da pesquisa acadêmica, aquilo que motiva o pesquisador e o aplicador do Direito, a sempre se compreender como que o mecanismo de interpretação, hermenêutica e compreensão de todo o Estado e funcionamento deste está intimamente ligado com a subjetividade que as relações humanas abarcam.

Ao mesmo tempo, portanto, que o Estado busca garantir os direitos e garantias, os regramentos do Processo Penal dispostos em legislação, havendo até uma certa temeridade em cometer abusos, não se pode deixar de ter medidas eficazes que garantam a credibilidade do Estado e do seu poder punitivo.

Veja como a linha é tênue: é desejoso se observar o respeito aos direitos e garantias constitucionais e processuais, e ao mesmo tempo, precisará mostrar para a população como que o poder punitivo é, de fato, eficaz para que não ocorra desordem e mais ofensas aos direitos fundamentais coletivos e individuais quando se vincular a grupos ou a uma única pessoa.

manter indivíduos presos por períodos prolongados sem uma justificativa adequada. Isso pode resultar em privação de liberdade injustificada e antecipação de pena antes mesmo de um julgamento justo. Há também a negligência na proteção dos direitos de defesa, quando não garante a defesa adequada dos indivíduos, negando acesso a advogados, limitando o tempo de preparação para o processo ou restringindo o direito de apresentar provas e testemunhas. Essas e outras práticas comprometem a igualdade de armas entre a acusação e a defesa. É fundamental reconhecer que, embora o Estado seja responsável por proteger os direitos processuais dos agentes envolvidos no sistema de justiça, também pode ser um agente de arbitrariedades. Portanto, é necessário que haja mecanismos eficazes de controle, fiscalização e responsabilização para evitar abusos e garantir a observância dos direitos fundamentais de todos os indivíduos envolvidos no processo penal. A busca por um sistema de justiça equitativo e respeitoso dos direitos humanos requer uma constante vigilância e aprimoramento dos mecanismos de proteção dos direitos processuais (CAIXÊTA JR., Júlio Alves; CAMPOS, Henrique Maurício de. *Direito em foco: Direito Constitucional*. Londrina: Thoth, 2022).

²³⁶ Neste sentido, Lassalle também traz que “Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país” (LASSALLE, Ferdinand. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 17).

Neste entendimento, a ordem pública não poderá prevenir ou mitigar os crimes, mas também em se acautelar os meios sociais e as práticas que tornam a justiça crível e que são implementadas diante da repercussão social e gravidade do ato.

Essa construção está disposta para a prisão cautelar em si, de forma que esta possui o escopo de segregar aquelas pessoas que cometeram crimes ou, supostamente, cometeram crimes, para assegurar um regular andamento e processamento do feito e aplicar, futuramente, a execução de eventual medida que seja imposta ao acusado após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, o Estado se utiliza do seu poder de prender – ou seja, privar alguém de sua liberdade – para que seja possível adentrar em um cenário de credibilidade das instituições.

No entanto, é claro não haver qualquer respaldo com a realidade, pois, como explica Lopes Jr.²³⁷, a “falácia” está vinculada a uma fragilidade atribuída às instituições que não são verdadeiras, de forma que as ameaças por delito e as prisões não são instrumentos aptos para que se demonstre a credibilidade das instituições, quando fosse necessária uma proteção.

Essa disposição não vem a fim de informar que as medidas e prisões cautelares sejam desnecessárias, tampouco, em trazer um novo modelo que não fosse o atual, no entanto, o que se critica é a demora e a falta de agilidade no sistema de análise de crimes no processo penal em manter durante tanto tempo e por um período exacerbado prisões preventivas, com presos aguardando anos por julgamentos de crimes que possuem penas máxima até menores do que a quantidade daquele período em que estão aguardando o julgamento. O que foi abordado por Lopes Jr. que corresponde ao escopo deste estudo é que a “credibilidade das instituições” também não se fundamenta como manutenção de ordem pública para se manter uma prisão preventiva, face não ser o Estado frágil a ponto de ter a necessidade de se manter prisões preventivas por tempo ilimitado sob a argumentação de “manutenção de ordem pública”.

O Estado Democrático de Direito, quando emprega a prisão como forma de garantir a credibilidade das instituições está disposto dentro de um estado policalesco e autoritário, de forma que pode ser visto, quando exacerbado, como um retrocesso social e jurídico²³⁸⁻²³⁹. E

²³⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 122.

²³⁸ Idem.

²³⁹ Choukr também corrobora com essa visão de Lopes Jr., no sentido de que o posicionamento prevalece no sentido de que qualquer procedimento atribuído ao acusado que poderia ser preso cautelarmente, tendo em vista o argumento de confiabilidade na justiça está presente em todos os processos de forma indiscriminada (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014). Além disso, incluindo o julgado pelo Supremo Tribunal Federal do *habeas corpus* nº 80.719/SP foi entendido que não há idoneidade jurídica que irá justificar a segregação cautelar, sendo o argumento para a credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública: “A PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E DA ORDEM PÚBLICA NÃO CONSUBSTANCIA, SÓ POR SI, CIRCUNSTÂNCIA

assim, salienta-se que o processo instaurado pelo Estado, por si só, já é uma forma de demonstrar a credibilidade, sendo que este deve ser lembrado pelo procedimento de uma justiça que substitui a justiça pela mão-própria, e assim, dar-se-á o poder e a credibilidade já necessária.

A prisão preventiva interpõe ao Código de Processo Penal de 1941 com o escopo de as hipóteses de prisão preventiva serem amplificadas. A ordem pública foi inserida nesse panorama com o intuito de ser possível justificar as prisões antes mesmo das sentenças penais condenatórias e o trânsito em julgado. É uma fixação sem muita exigência jurídica e justificatória para que fosse possível admitir a prisão, de forma que se garante a aplicação da lei.

As expressões a respeito da ordem pública que surgem como fator de credibilidade a se aplicar ao Poder Judiciário ou outra instituição do Estado, foi mencionada a primeira vez no *habeas corpus* nº 60973 PR, julgado ainda em 1983²⁴⁰, quando se buscou atender a credibilidade da justiça e do Estado.

Em 2005²⁴¹, a questão foi novamente suscitada e reconhecida como uma motivação de prisão preventiva pelo Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. JULGAMENTO. PEDIDO DE ADIAMENTO. SUSTENTAÇÃO ORAL. AUSÊNCIA DO ADVOGADO NA SESSÃO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. PREVENÇÃO. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. SÚMULA/STF 394. CANCELAMENTO. CONEXÃO ENTRE TRÊS AÇÕES PENAIS. ALEGAÇÃO DE OBRIGATORIEDADE DE REUNIÃO DE PROCESSOS AFASTADA. CPP, ARTIGO 80. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CPP PREENCHIDOS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 30 DA LEI Nº 7.492/86. 1. Alegação de nulidade do julgamento de habeas corpus pelo TRF-3ª Região rejeitada, por não configurar a falta de sustentação oral violação ao princípio da ampla defesa, ante seu caráter facultativo. Ademais, encontrava-se presente à sessão outra advogada, igualmente constituída nos autos, com os mesmos poderes outorgados ao patrono ausente. 2. Prevento é o juízo da 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo, por ter, antes de qualquer outro, despachado, determinando a quebra do sigilo bancário de corréus em processo conexo anterior, o que impede a livre distribuição de denúncias posteriores. Excluída a competência originária do STJ para proceder à perquirição, em razão da prerrogativa de função do réu, ante o cancelamento da Súmula/STF 394. 3. Desde que submetidos ao mesmo juízo, pode o magistrado utilizar-se da faculdade de não reunir processos conexos, por força do que dispõe o artigo 80 do CPP. 4. Verificados os pressupostos

AUTORIZADORA DA PRISÃO CAUTELAR. Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional de privação cautelar da liberdade individual, a alegação de que o réu, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *Habeas corpus* nº 80719 SP. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 26 jun. 2001. Publicado em 28 set. 2001. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/2998699>. Acesso em 26 jan. 2023. Documento não paginado).

²⁴⁰ Ementa: “RECURSO DE HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. HIPÓTESE EM QUE O DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA, APESAR DE SUCINTO, SATISFEZ A EXIGÊNCIA LEGAL DA FUNDAMENTAÇÃO. CUSTODIA JUSTIFICADA PELA NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA. RECURSO NÃO PROVIDO” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso em *habeas corpus* nº 60973 PR. Rel. Min. Francisco Rezek. Julgado em 27 mai. 1983. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14687269>. Acesso em 01 fev. 2023).

²⁴¹

estabelecidos pela norma processual (CPP, artigo 312), coadjuvando-os ao disposto no artigo 30 da Lei nº 7.492/86, que reforça os motivos de decretação da prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada, não há falar em revogação da medida acautelatória. A necessidade de se resguardar a ordem pública revela-se em consequência dos graves prejuízos causados à credibilidade das instituições públicas. 5. Habeas Corpus indeferido.²⁴²

Esse pensamento foi levado e repercutido na Corte Constitucional em 2011²⁴³, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, mantendo o preso preventivo por repercussão social, sustentando a necessidade em se atribuir maior credibilidade institucional.

O julgamento possibilitou estabelecer a tese de que o caso levou a um agravo da credibilidade das instituições públicas, podendo servir com o fundamento idôneo a fim de decretar a prisão cautelar, de forma a se considerar, a repercussão na ordem pública. Prado²⁴⁴ também trouxe o argumento que também apareceu nos anos seguintes em duas distintas situações. Em outras situações parecidas e posteriormente relatadas, notou-se a credibilidade institucional como uma análise do elemento complementar a outros significados de ordem pública, e não elemento único de decretação de prisão em caráter preventivo, de forma a se notar nos julgados encontrados em 2009²⁴⁵ e 2010²⁴⁶. No Superior Tribunal de Justiça também surgiu

²⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas corpus* nº 80717 SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 13 jun. 2001. Publicado em 05 mar. 2004. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14751185/inteiro-teor-103136593>. Acesso em 01 fev. 2023. Documento não paginado.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *Habeas corpus* nº 95.290 São Paulo. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 01 mar. 2011. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2455191>. Acesso em 01 fev. 2023.

²⁴⁴ PRADO, Luis Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *O fator “credibilidade” na prisão preventiva: a pessoa humana como meio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1011, jan. 2020, p. 191. Disponível em http://regisprado.com.br/resources/CREDIBILIDADE_PRISAO.pdf. Acesso em 30 jan. 2023.

²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (5ª Turma). Recurso em *habeas corpus* nº 97449 RJ. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 2 mar. 2009. Publicado em 25 jun. 2009. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/3495716>. Acesso em 01 fev. 2023.

²⁴⁶ Ementa: “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. RELAXAMENTO. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DELITOS INAFIANÇÁVEIS. ARTIGO 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESSUPOSTOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEMONSTRAÇÃO. ORDEM DENEGADA. I - A vedação à liberdade provisória para o delito de tráfico de drogas advém da própria Constituição, a qual prevê a inafiançabilidade (artigo 5º, XLIII). II - Presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, em especial o da garantia da ordem pública, existindo sólidas evidências da periculosidade do paciente, supostamente envolvido em gravíssimo delito de tráfico de drogas. III - As condições subjetivas favoráveis do paciente não obstam a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso presente. IV - Ordem denegada (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *Habeas corpus* nº 98143 MG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 02 fev. 2010. Publicado em 05 mar. 2010. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/7560534>. Acesso em 01 fev. 2023. Documento não paginado).

uma decisão de 1990 que mencionou ser argumento prisional válido a referência à manutenção da credibilidade da justiça, entre outras decisões no período²⁴⁷.

²⁴⁷ Ementa: “HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA EM 21.06.07. PACIENTE PRESO EM VIRTUDE DE CONDENAÇÃO EM OUTRA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL DECORRENTE DE SUPOSTA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA QUE SE ALICERÇA NOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CPP. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. 1. A exigência de fundamentação do decreto judicial de prisão cautelar, seja temporária ou preventiva, bem como do indeferimento do pedido de liberdade provisória, tem atualmente o inegável respaldo da doutrina jurídica mais autorizada e da Jurisprudência dos Tribunais do País, sendo, em regra, inaceitável que a só gravidade do crime imputada à pessoa seja suficiente para justificar a sua segregação, antes de a decisão condenatória penal transitar em julgado, em face do princípio da presunção de inocência. 2. Sendo indubitosa, porém, a ocorrência do crime e presentes suficientes indícios de autoria, não há ilegalidade na decisão que determina a custódia cautelar do paciente, se presentes os temores receados pelo artigo 312 do CPP. 3. *In casu*, além da materialidade do delito e de indícios suficientes de autoria, a decretação da constrição cautelar fundou-se, primordialmente, na necessidade de preservar a ordem pública e econômica, evidenciada no grande poder de reestruturação e de organização do grupo criminoso, bem como na consequente possibilidade de retorno à prática das atividades criminosas, que permitiram a reciclagem de milhões de reais obtidos com o narcotráfico e que revelam possuir a organização criminosa uma estrutura altamente complexa e estável, detentora de um poder econômico elevado, além de possuir atuação interestadual, conexões internacionais, diversificação nos métodos de lavagem de capitais, prática criminosa reiterada e integrantes residentes no exterior. 4. Ademais, o decreto de prisão preventiva, além de consignar a necessidade de preservar a ordem econômica, em razão do (a) sofisticado esquema voltado à reciclagem de dinheiro, utilizando-se de empresas fictícias e testas-de-ferro, (b) do grande volume de dinheiro movimentado, (c) da constante utilização do sistema bancário para tal movimentação e (d) da quantidade de bens adquiridos, também amparou-se no risco efetivo de fuga do paciente para Portugal, seu País de origem, com o qual sempre manteve fortíssimas relações. 5. A preservação da ordem pública não se restringe às medidas preventivas da irrupção de conflitos e tumultos, mas abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência. 6. Inexiste nulidade em virtude de ter sido adotado o parecer do Ministério Público em primeira instância, como razões de decidir, máxime quando este baseou-se em fundamentos concretos e legítimos para fundamentar a prisão preventiva, como ocorre no caso em tela. 7. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 8. Ordem denegada” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). *Habeas corpus* nº 96235 GO 2007/0291713-7. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 20 nov. 2008. Publicado em 09 dez. 2008. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/2010048>. Acesso em 23 jan. 2023. Documento não paginado).

3 PRISÃO PREVENTIVA: FORMATAÇÕES AO LONGO DO TEMPO E A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE

Fato é que a prisão preventiva é uma medida cautelar que visa assegurar a efetividade do processo penal e a aplicação da lei. Ao longo do tempo, sua forma de aplicação e suas formulações têm evoluído em resposta às transformações da sociedade e às demandas por um sistema de justiça mais justo e equitativo. Isto é reflexo sobre a evolução da sociedade, dos direitos em forma geral, dos direitos humanos, dos códigos de Processo Penal e Direito Penal, e sobre a compreensão de como os crimes, punições e disposições na seara penal foram sendo modificadas à medida que a própria sociedade foi sendo moldada pelas novas tecnologias, informações e difusão de conhecimento entre os países.

No passado, a prisão preventiva era frequentemente utilizada de forma abusiva, sem critérios claros e com poucas salvaguardas para os direitos dos acusados. Ela podia ser decretada de maneira arbitrária, resultando em prisões prolongadas e injustificadas, muitas vezes antecipando a pena antes mesmo do julgamento.

No entanto, com o desenvolvimento dos direitos humanos e a evolução do pensamento jurídico, houve uma maior conscientização sobre a importância de garantir os direitos fundamentais dos acusados, sua presunção de inocência e dignidade. Isso levou a reformas legais e mudanças nas práticas judiciais, buscando estabelecer critérios mais rigorosos e garantias processuais para a aplicação da prisão preventiva. O intercâmbio entre os países, como já informado, foi um dos pontos principais nas modificações do entendimento sobre o uso de medidas cautelares.

Hoje em dia, a prisão preventiva é vista como uma medida excepcional, aplicada apenas quando estritamente necessária e proporcional aos objetivos legítimos do processo. Os requisitos para sua decretação tornaram-se mais criteriosos, exigindo elementos concretos que justifiquem a sua necessidade, como a gravidade do crime, a periculosidade do acusado, a possibilidade de fuga ou a obstrução da justiça.

Além disso, foram estabelecidas salvaguardas processuais para proteger os direitos dos acusados durante a prisão preventiva, como a revisão periódica da sua necessidade, o direito a uma defesa efetiva, o acesso à informação e ao contraditório, bem como recorrer das decisões judiciais²⁴⁸.

²⁴⁸ “Até a Lei nº 13.964/2019, o nosso sistema processual não determinava a revisão periódica da prisão preventiva. Ainda não estipula um prazo de duração máxima da prisão preventiva. Um certo avanço houve com a inclusão do parágrafo único ao art. 316 do CPP. A partir de agora, a cada 90 dias deverá ser revisada pelo juízo, a necessidade

Essa evolução da prisão preventiva reflete a mudança de paradigma na busca por sistema de justiça mais equilibrado e respeitoso dos direitos humanos. A sociedade atual exige não apenas a punição dos infratores, mas também a proteção dos direitos fundamentais de todos os indivíduos envolvidos no processo penal.

No entanto, apesar desses avanços, é necessário um contínuo debate e aprimoramento das normas e práticas relacionadas à prisão preventiva, garantindo que ela seja aplicada de forma justa, proporcional e respeitosa dos direitos processuais e humanos dos acusados. A evolução da sociedade e das demandas por justiça exige que as formatações da prisão preventiva se adaptem para garantir um equilíbrio adequado entre a efetividade do processo penal e a proteção dos direitos individuais.

Este é um capítulo que abordará especificamente as prisões cautelares dentro de suas formatações no decorrer do tempo e a evolução da sociedade. O foco no estudo terá como inicialmente a abordagem da prisão preventiva como medida excepcional de coação na legislação brasileira e no ordenamento jurídico português. Posteriormente, sobre a evolução do entendimento sobre as prisões cautelares, em específico a preventiva. Correlacionar-se-á o sistema acusatório, misto e inquisitivo em razão da prisão preventiva em análise e questionamento dos resquícios inquisitoriais. Por fim, a ordem pública em contrapartida da prisão preventiva, constituindo uma ampla análise neste estudo sob o foco de crítica e definição mais aprofundada desse argumento em manutenção da prisão preventiva.

3.1 Prisão preventiva como prisão cautelar na legislação brasileira e portuguesa

A prisão preventiva dentro do Código de Processo Penal pode ser resumida dentro dos requisitos que dela se cercam para que seja possível ser decretada. Em análise do artigo 313, que fora reformulado pela Lei nº 12.403, de 2011²⁴⁹, também constam hipóteses para que a prisão preventiva seja decretada:

de continuação da prisão, independentemente de pedido das partes, mediante provimento motivado e fundamentado, situação aplicável às demais medidas cautelares. Portanto, não basta enunciar a permanência da necessidade da custódia cautelar ou de seus motivos; faz-se necessário, segundo dicção da normatividade ordinária, uma decisão fundamentada, inclusive do descabimento das medidas alternativas do art. 319 do CPP” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisões, liberdade e cautelares pessoais* – nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 113).

²⁴⁹ BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art1. Acesso em 01 fev. 2023.

Nos termos do artigo 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do artigo 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.²⁵⁰

Além disso, importante mencionar que “a prisão preventiva deixou de ser a única medida cautelar pessoal e também a regra, em termos de medidas constritivas criminais pessoais, situando-se na *ultima ratio* do sistema cautelar criminal”²⁵¹. Neste passo, é importante considerar que mesmo sendo uma forma excepcional, ainda se encontra, como já adiantado nesta tese, um grande número de pessoas sem condenação, como Giacomoli, cerca de 40%, o que revela uma resistência às medidas alternativas que constam no artigo 319 do Código de Processo Penal. Segue-se nessa mesma linha de pensamento do autor, entendendo que existe, no Brasil – e pode-se mencionar, no mundo todo de forma geral – em considerar que o encarceramento é uma política pública eficaz contra a criminalidade²⁵².

Pauta-se, à título de atualização, que a Lei nº 13.964, de 2019²⁵³, que a prisão preventiva não somente é utilizada sob a denominação de *ultima ratio*, como é inserido a todo o processo penal, mas de *extrema ratio*, face o parágrafo segundo do artigo 282 do Código de Processo Penal quando menciona que somente em último caso, ou seja, maior resistência possível à prisão preventiva, será decretada, e somente assim, poderá ser decretada quando determinada que não existirá nenhuma outra opção cabível para substituí-la por outra medida

²⁵⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 19 dez. 2022. Documento não paginado.

²⁵¹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisões, liberdade e cautelares pessoais* – nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 87.

²⁵² Esse entendimento também é um reflexo de Valente, quando o autor traz a contemporaneidade do Direito Penal do Inimigo no que urge repensar o Direito como uma forma de preservação da cultura de paz universal que, a partir de um certo momento da atualidade, vai sendo uma das tônicas predominantes nas formas de pensamento e construção social do século XXI (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito penal do inimigo e terrorismo*. Lisboa: Almedina, 2019, p. 62-64).

²⁵³ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em 19 out. 2023.

cautelar. Mas como o próprio Giacomolli²⁵⁴ menciona, “a efetividade desse princípio depende muito da eliminação da mentalidade inquisitória e das compreensões inautênticas e inidôneas, de uma aderência à convencionalidade e à constitucionalidade”, o que reflete também o posicionamento do autor no que consiste ao sistema misto ou inquisitorial o qual o Brasil faz parte.

Para complementar, importante o seguinte destaque: “A função da prisão preventiva é eminentemente processual (fuga do suspeito ou do imputado; assegurar a presença no processo ou a obtenção da prova; garantir a incidência da potestade punitiva, em caso de eventual condenação; manter o normal desenvolvimento das atividades das partes e dos sujeitos processuais – depoimentos de vítimas, testemunhas, peritos, por exemplo). É equivocada a percepção de que a prisão preventiva se constitui em antecipação de pena ou de tutela penal material, pois sua funcionalidade é a segurança do processo. A esta há de ser agregada a situação de urgência, bases de todo provimento cautelar. A finalidade acautelatória, assecuratória, mas não de antecipação do provimento a ser ditado após o devido processo cognitivo”.²⁵⁵

Para Prado, a prisão preventiva é uma medida gravosa e que causa essa restrição à liberdade ir e vir, além de refletir em outras restrições a outros direitos fundamentais, quando insere a pessoa em um ambiente no qual vige “o estado de coisas inconstitucional”²⁵⁶⁻²⁵⁷. É em razão da violência institucional que pode ocorrer, no próprio sistema legislativo infraconstitucional, diversas exigências legais que devem ser cumpridas para que seja possível existir a decretação da prisão preventiva.

Ao analisar o dispositivo legal supramencionado, é possível de se notar que há uma alternatividade entre os três incisos e o parágrafo único. Isso porque a prisão em caráter

²⁵⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisões, liberdade e cautelares pessoais* – nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 87.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 87-88.

²⁵⁶ PRADO, Luis Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *O fator “credibilidade” na prisão preventiva: a pessoa humana como meio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1011, jan. 2020, p. 6. Disponível em http://regisprado.com.br/resources/CREDIBILIDADE_PRISAO.pdf. Acesso em 30 jan. 2023.

²⁵⁷ Sobre o Estado de Coisas Inconstitucional: “O “Estado de Coisas Inconstitucional” é o mecanismo jurídico criado jurisprudencialmente pela Corte Constitucional da Colômbia para prolatar uma sentença declarativa na qual se caracterizam determinadas situações entendidas como contrárias à Constituição por violarem de maneira massiva, generalizada e persistente os direitos fundamentais e os princípios que regem a Constituição. Como consequência desta declaração, as autoridades públicas, no âmbito de suas competências, são acionadas para que, dentro de um prazo razoável, adotem as medidas necessárias para a superação deste ‘Estado de Coisas’” (SCHUNEMANN, Caio César Bueno. “*Estado de coisas inconstitucional*” e diálogo no Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, n. 7, 2016. Disponível em https://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2019-10/2016005estadodecoisasinconstitucionaleodialogonosupremotribunalfederal.pdf. Acesso em 08 fev. 2023. p. 126). Discutido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 09 set. 2015. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 08 fev. 2023).

preventivo poderá ser decretada em crimes dolosos, quando a pena máxima abstrata supera os quatros anos; além disso, em casos de violência familiar ou doméstica, reincidência de crime doloso; também poderá ser decretada para garantir as medidas protetivas de urgência ou quando surgir dúvida acerca da identidade civil de pessoa ou quando não for possível fornecer elementos suficientes para que a pessoa possa efetivamente ser identificada²⁵⁸.

Destaque para esses requisitos à prisão em caráter preventivo, como já afirmado e apresentado neste texto, o artigo 312, segundo parte, do Código de Processo Penal, menciona o *fumus boni iuris* que atualmente também chamado com o *fumus commissi delicti*²⁵⁹. Assim, para que seja possível ser decreta, é preciso que exista também prova que crime realmente ocorreu e não somente suspeita de que o crime ocorreu, além de ter o indício de autoria, apresentando mais do que motivos de crer quem é o responsável pelo delito. Logo depois, Prado²⁶⁰ ainda informa que ao analisar o *fumus commissi delicti*, deve-se haver análise das provas obtidas até o momento (oriundas praticamente de trabalho policial) pelo juízo e pelas partes, apesar de haver resistência a esta conduta.

Da mesma forma que se procedem outras prisões cautelares, a prisão preventiva se lastreia pelos pressupostos do *fumus commissi delicti* e *periculum liberatis*, possuindo uma caracterização de um binômio da necessidade e da urgência, pois é necessário se revelar como uma exceção, e ainda, com o respeito aos preceitos legais, sob pena de se atracar como uma antecipação de pena, sujeita a recurso de *habeas corpus*, análise essa que será mais a frente analisada. Rangel²⁶¹ explica que a Lei nº 12.403, de 2011, exige expressamente que a prisão

²⁵⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 19 dez. 2022.

²⁵⁹ *Fumus boni iuris* ou *iuris* de acordo com o Conselho Nacional do Ministério Público: “Fumaça do bom direito. Expressão que significa que o alegado direito é plausível. É geralmente usada como requisito ou critério para a concessão de medidas liminares, cautelares ou de antecipação de tutela, bem como no juízo de admissibilidade da denúncia ou queixa, no foro criminal” (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Fumus boni iuris*. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2015. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/8041-fumus-boni-juris>. Acesso em 15 fev. 2023. Documento não paginado). Para o *fumus commissi delicti*, que é definido como o requisito cautelar que advém do próprio processo penal. Este não poderá ser confundido com o primeiro, pois trata-se da comprovação da existência de um crime e indícios que sejam suficientes para saber a autoria, é a fumaça **prática** de um fato que pode ser punível, o *fumus boni iuris* está disposto como a provável existência de um direito demandado, enquanto o *fumus commissi delicti* é a comprovação da existência de um crime e os indícios de autoria, de forma que é um requisito cautelar próprio do processo penal como já afirmado (GOMES, Luiz Flávio; SANTOS, Juliana Zanuzzo dos. *O que se entende por fumus commissi delicti?* [S.l.]: JusBrasil, 2011. Disponível em <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121923880/o-que-se-entende-por-fumus-commissi-delicti>. Acesso em 15 fev. 2023).

²⁶⁰ PRADO, Luis Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *O fator “credibilidade” na prisão preventiva: a pessoa humana como meio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1011, jan. 2020, p. 6. Disponível em http://regisprado.com.br/resources/CREDIBILIDADE_PRISAO.pdf. Acesso em 30 jan. 2023.

²⁶¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 801.

seja decretada com a apresentação dos motivos necessários e a adequação da medida, de forma que se evite uma decretação de prisão cautelar sem necessidade.

Expressamente no que existem nos artigos 311 e 316 do Código de Processo Penal brasileiro, a medida é excepcional e é decretada somente pelo magistrado, sendo em fase de investigação criminal, quando não poderá ser decretada de ofício pelo juiz, mas sim, solicitada à sua análise, ou durante mesmo a fase processual, quando será feita de ofício, e como já mencionada, quando a sentença penal condenatória ainda for recorrível, demonstrando, enfaticamente como também já citado, a sua real necessidade²⁶².

Essa expressão, sobre a real necessidade, era abarcada pelo artigo 311 do Código de Processo Penal, porém, a Lei nº 13.964/2019²⁶³, passou a se valer de uma nova redação, modificando que, independente da fase do processo ou investigação policial, a prisão em caráter preventivo é cabível quando, a pedido do MP, for decretada pelo juiz, de forma a se excluir do texto a possibilidade de a prisão preventiva de ofício, devendo agora ser pedida por um dos sujeitos processuais presentes.

O artigo 311, portanto, trouxe as pessoas que então poderão solicitar ao magistrado as medidas, de forma ser eles o Ministério Público, o querelante ou o assistente, e ainda, a representação da autoridade policial, valendo-se ainda no ressaltado que mesmo solicitada a prisão cautelar, esta deverá ser fundamentada pela autoridade judiciária, vide artigo 315 que será visto mais adiante²⁶⁴.

Voltando ao artigo 312, *caput*, que se visualiza as possibilidades dos fundamentos da prisão preventiva e que demonstram as possibilidades do *periculum liberatis*. Para Bonfim²⁶⁵ que se analisa que nada são essas hipóteses do que a cautelaridade social ou processual expressa no artigo de lei, de forma que a liberdade do acusado foi colocada em risco durante o trâmite do processo em razão da proteção da sociedade. Explica que o *periculum libertatis* é a necessidade de um encarceramento cautelar do acusado²⁶⁶.

²⁶² Idem.

²⁶³ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em 06 fev. 2023.

²⁶⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 19 dez. 2022.

²⁶⁵ BONFIM, Edilson Mougnot. *Código de Processo Penal Anotado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁶⁶ Atribui-se a expressão *periculum libertatis* sobre ser imprescindível para o caminhar normal das investigações do inquérito policial, sendo que a expressão é uma necessidade de configuração em se evitar prejuízos durante a fase de investigação. No mesmo sentido, a expressão está disposta na mesma linha que o *fumus comissi delicti*, de forma que a ideia sobre a materialidade e a autoria se configura a fim de criar um pressuposto para a efetiva configuração da prisão cautelar – e aqui, qualquer prisão cautelar – medidas que deverão ser analisadas em conjunto com a aplicação da prisão temporária (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 845).

O rol presente no artigo 313 do Código de Processo Penal aborda as infrações possíveis que comportam a medida da prisão em caráter preventivo, de forma a se admiti-la nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos; quando o acusado já tenha cometido crime doloso e já tenha sido condenado por sentença penal transitado em julgado; em relação às violências domésticas e familiar contra a mulher, idoso, criança e adolescente, e também contra pessoa com deficiência. E assim, o parágrafo único também traz a possibilidade da prisão ser decreta quando existirem dúvidas quanto à identidade do acusado, e este não apresentar os elementos necessários para esclarecê-la.

Conforme o texto do artigo 315 a seguir em destaque afirma sobre a motivação da decisão sobre a prisão preventiva ser mantida, substituída ou denegada:

A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.²⁶⁷

Este artigo traz as hipóteses e possibilidades de fundamentação para a prisão preventiva está disposta sobre a garantia das ordens econômica e pública, da conveniência da instrução criminal ou, por fim, para assegurar a aplicação da lei penal.

Dentro do panorama acerca da prisão preventiva, portanto, esta era vista como a única opção atribuída ao juiz de natureza cautelar para a prisão antes da sentença condenatória. A prisão possuía a natureza cautelar e deveria ser decretada caso fosse comprovado dois requisitos: *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. O primeiro, atribuído pela doutrina como um dos pressupostos para a decretação da prisão, o juiz teria como a função em demonstrar e apresentar a prova da existência do crime e do indício suficiente de autoria. O segundo, mais adiante, foi identificado como uma das finalidades da prisão preventiva,

²⁶⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 19 dez. 2022. Documento não paginado.

apontando para que, a fim de que se preserve e se garanta a ordem pública, econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, seja possível que se decrete a prisão.

A discussão sobre o abalo social em que se justifica se manter ou decretar a prisão preventiva é muito vaga quando se refere à ordem pública, como já mencionada, o que dispõe que, por exemplo, um furto simples não ensejaria justificativa qualquer para existir uma histeria ou abalo à ordem e o caminhar normal de uma sociedade, no entanto, um latrocínio já pode repercutir e gerar mais instabilidade social, dentro do meio social em que o acusado está inserido²⁶⁸.

Sobre a ordem econômica, se considera como maneira de garantir a ordem pública também²⁶⁹, de forma que o propósito, neste caso, é que o acusado continue a prática do crime contra especificamente a ordem econômica e financeira. Para obstar as condutas do agente face manipulação dos meios de mercado, abuso de poder econômico, ou quando se consegue, por alguma forma, criar um monopólio, trazendo um ou diversos prejuízos ao Estado.

A ordem econômica tem sido entendida perante os crimes que envolvem golpes e a repetição desses crimes no mercado financeiro, promovendo abalo efetivo à estabilidade e à ordem do sistema financeiro de um Estado. No entanto, o que difere da motivação da garantia da ordem pública para a ordem econômica, de forma a ser vista como uma antecipação de pena, evitando que se ocorra riscos ou danos maiores²⁷⁰. Esse critério é trazido pelo artigo 30 da Lei nº 7.492²⁷¹, que trata especificamente sobre a ordem financeira, considerando inconstitucional, pois a prisão pautada na magnitude da lesão causada, logo, não haveria cautelaridade, pois não há efetivamente um risco que o acusado possa trazer para a sociedade ou para o processo de uma forma direta, mas sim, em se preservar que o dano causado seja evitado ou de pronto já evitado.

As prisões cautelares também têm o fundamento, quando se trata da prisão preventiva, sobre o asseguramento da aplicação da lei penal. A fundamentação, por sua vez, consistirá na aplicação futura da pena, para se assegurar o cumprimento, quando o acusado demonstrar o iminente risco de fuga, e no que ainda tentará dispor dos bens, bens esses que seriam utilizados para o pagamento dos prejuízos causados por ele. Devendo se atentar, principal, nessa possibilidade de apresentar o risco real da fuga e da alienação dos bens, de forma que somente

²⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 699.

²⁶⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: vol. único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1275.

²⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1045-1046.

²⁷¹ BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17492.htm. Acesso em 06 fev. 2023.

as características do acusado, exemplo seria a condição financeira, não seria suficiente para se manter a fundamentação da prisão em caráter preventivo²⁷². Conforme bem informa o preenchimento da fundamentação, assegura Rangel²⁷³ que a fuga somente não poderá ser uma presunção judicial, porém, o fruto e a junção dos elementos nos autos do processo que passem a demonstrar, cabalmente, que o acusado pretende afetar a justiça.

Em último, a conveniência da instrução criminal é elemento argumentativo para prisões em caráter preventivo, de forma que esta é utilizada para quando o agente pode empregar meios que impeçam ou embaracem a investigação criminal, seja quando tentar esconder provas, ameaçar testemunhas, subornar perigos, coação de promotores ou o próprio magistrado. Essa é uma medida que se correlaciona com a busca pela verdade real, de forma que o Processo Penal e o Direito em si estão vinculados às formas de se existir justiça e possibilidades do caminhar correto da justiça. Considerando o estado de liberdade do imputado, Lopes Jr.²⁷⁴ informa que o risco da coleta de prova ou o normal caminhar do processo, seja por motivos de destruição de documento ou alteração do local de crime já se constitui como elemento e fundamentação para a manutenção do assecuramento e conveniência da instrução criminal.

No que dispõe ao prazo da prisão preventiva, há uma análise fundamentada no princípio da proporcionalidade, ou seja, não há na lei uma especificação sobre o prazo de duração da prisão preventiva, e sim, enquanto for necessário e razoável para o preso continuar preso preventivamente. Pelo artigo 282 do Código de Processo Penal no Brasil, demonstra-se que é uma cláusula *rebus sic stantibus*, e assim, se houver mudança nos motivos que ensejaram a prisão preventiva, esta pode ter sua revogação ou mesmo a manutenção de uma nova decretação quantas vezes for necessário. Analisa-se que uma vez presente os permissivos legais, não há nenhum impeditivo para que a prisão preventiva seja novamente decretada pelo juiz

²⁷² Para o assecuramento da aplicação da lei penal é preciso a análise da real intenção da frustração da ação da justiça, conforme o julgado: “[...] CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO. ASSEGURAMENTO DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. INTENÇÃO DE FRUSTRAÇÃO DA AÇÃO DA JUSTIÇA. ALUSÃO AO FATO DE O PACIENTE SER PROVENIENTE DE OUTRO ESTADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE FATOS CONCRETOS QUE PERMITAM CONCLUIR PELA EFETIVA TENTATIVA DE EVASÃO DO PACIENTE DO DISTRITO DA CULPA. DEDUÇÃO BASEADA EM SUPOSIÇÕES. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. A tentativa de frustração da ação da Justiça representa um elemento hábil à decretação da custódia cautelar pelo assecuramento da aplicação da lei penal, ou mesmo para conveniência da instrução criminal. Contudo, tal situação deve ser demonstrada por elementos concretos, já que não poderá, sob pena de constrangimento ilegal, escorar-se em suposições ou abstrações [...]” (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (4ª Câmara Criminal). *Habeas corpus* nº 20150421286 Brusque 2015.042128-6. Rel. Jorge Schaefer Martins. Julgado em 13 ago. 2015. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/944223478/inteiro-teor-944223570>. Acesso em 06 fev. 2023. Documento não paginado).

²⁷³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 55 e ss.

²⁷⁴ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 65.

quantas vezes for necessária, com o fundamento no artigo 316 combinado com o parágrafo quinto do artigo 282 do CPP²⁷⁵.

A Lei nº 13.964, de 2019²⁷⁶, acrescentou um parágrafo único ao artigo 316 do Código de Processo Penal que trata da previsão da verificação da necessidade da prisão em caráter preventivo a cada noventa dias, caso não haja mais necessidade, deverá o acusado ser posto em liberdade, sob pena de prisão se tornar ilegal²⁷⁷. Para Giacomolli²⁷⁸: “Diante da inexistência de regra específica acerca do tempo máximo do recolhimento preventivo ao cárcere, há que ser buscado um critério no próprio sistema. Uma deles é a duração da pena privativa de liberdade. Tanto poderá ser a máxima quanto a mínima. Em face do critério redutor buscado no sistema, o parâmetro da pena mínima se revela mais protetivo do direito de liberdade. Um dos fatores

²⁷⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 19 dez. 2022. No mesmo sentido também ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 931 e ss.

²⁷⁶ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em 06 fev. 2023.

²⁷⁷ É importante reportar que a revisão da prisão preventiva após noventa dias que menciona a lei somente é válida para o juiz que prolatou a decisão, conforme o julgado do Superior Tribunal de Justiça no *habeas corpus* nº 589544 SC 2020/0144047-4. Assim, o que se explica é que a obrigação de reavaliar, de ofício, a prisão preventiva a cada noventa dias após a decretação somente valerá para o órgão que a decretar. Ou seja, não poderá ser estendida a toda a cadeia recursal, sob pena de ser uma tarefa atribuída ao judiciário praticamente impossível e que traria uma segregação cautelar, sendo ilegal. De acordo com a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, denegado foi o *habeas corpus* no sentido de que o réu, condenado em primeiro e em segundo grau, ainda aguarda preso cautelarmente há mais de um ano sem a reavaliação periódica a qual a lei impõe, que é neste prazo de noventa dias. A inovação que abarcou a mencionada Lei nº 13.964/2019 pelo pacote anticrime, ao acrescentar no artigo 316 a revisão da prisão preventiva, muitas prisões preventivas começaram a ser reavaliadas ou mesmo provocadas ao Poder Judiciário a sua análise. A Relatora Ministra Laurita Vaz tem como explanação na análise que a inovação legislativa se apresenta como uma forma de se evitar o prolongamento da medida da prisão preventiva de forma extrema e que possuía um prazo indeterminado. Após o período do exercício do contraditório e da ampla defesa, o próprio artigo 317 do Código de Processo Penal informa que o juiz poderá decidir, de forma fundamentada, sobre a manutenção ou a imposição da prisão preventiva ou de outra medida cautelar sem que se torne prejudicado o conhecimento da apelação que vier, posteriormente, ser interposta. Para a ministra, a norma não poderá extrair “conclusões que levem ao absurdo”, de forma que a defesa se utilize de um acervo recursal para que se impugne decisões que são injustas, além das inesgotáveis possibilidades de se arguir ilegalidades por meio de *habeas corpus*. No entanto ainda menciona que “[...] Não se pode olvidar, entretanto, que também coexiste no mesmo contexto o interesse da sociedade de ver custodiados aqueles cuja liberdade representem risco à ordem pública ou econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal”. Assim, ainda, a Ministra informa que: “Pretender o intérprete da Lei nova que essa obrigação seja estendida por toda a cadeia recursal, impondo aos tribunais (todos abarrotados de recursos e de Habeas Corpus) tarefa desarrazoada ou, quiçá, inexecutável, sob pena de tornar a prisão preventiva ‘ilegal’, *data maxima venia*, é o mesmo que permitir uma contracautela, de modo indiscriminado, impedindo o Poder Judiciário de zelar pelos interesses da persecução criminal e, em última análise, da sociedade”, concluiu a relatora. Neste sentido a ementa: “HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EXTORSÃO. ARTIGO 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OBRIGAÇÃO DE REVISAR, A CADA 90 (NOVENTA) DIAS, A NECESSIDADE DE SE MANTER A CUSTÓDIA CAUTELAR. TAREFA IMPOSTA APENAS AO JUIZ OU TRIBUNAL QUE DECRETAR A PRISÃO PREVENTIVA. REAVALIAÇÃO PELOS TRIBUNAIS, QUANDO EM ATUAÇÃO COMO ÓRGÃO REVISOR. INAPLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). *Habeas corpus* nº 589544 SC 2020/0144047-4. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgado em 8 set. 2020. Publicado em 22 set. 2020. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1238714976/inteiro-teor-1238714978>. Acesso em 06 fev. 2023).

²⁷⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisões, liberdade e cautelares pessoais – nova formatação a partir de 2020*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 113.

da redução poderá ser o do tempo necessário à progressão de regime, previsto no art. 112 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), cujos prazos de cumprimento foram modificados pela Lei nº 13.964/2019. Assim, o tempo máximo de duração da prisão preventiva resultaria da redução de 16% da pena mínima, se o agente for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça [...] e 25% da pena mínima se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa [...].”²⁷⁹

Em Portugal o Estado de Direito Moderno traz o respeito pela pessoa e dignidade da pessoa humana como essência sobre as preocupações acerca do edifício social, e como tal, traz o sistema processual penal a ter como objetivo fundamental para defender essa dignidade da pessoa humana²⁸⁰.

A análise deste conceito, conhecido e reconhecido como intocável, traz a necessidade também de se proteger os direitos, as liberdades e as garantias dos indivíduos de uma forma geral. Diante da sua extensão, por serem os direitos fundamentais não absolutos, antes sofrem de limitações e são entendidos diante das suas finalidades, e de forma igualmente valiosa, aborda ao sistema jurídico e a eficácia da administração da justiça penal²⁸¹.

Explica-se que a essa finalidade da Administração e da Justiça Penal de uma forma geral a se caminhar de uma forma correta e adequada, remonta a necessidade de se poder reconduzir e preservar, ainda que para somente a garantia da defesa e da sociedade de forma geral, de que cada cidadão, em particular, seja contra a violação dos bens jurídicos protegidos. E assim, a dialética que circunda o Direito Penal e, conseqüentemente, o Direito Processual Penal, é que as exigências para se manter a segurança da comunidade do respeito aos direitos fundamentais do ser humano²⁸² entra em constante conflito quando se vincula às prisões cautelares.

Com fulcro, é fato que o sistema sobre as medidas de coação que se opera por uma concordância da prática dos interesses em conflito que entram, são otimizados pelo que a regra fundamental dentro dos recursos àquelas em que se respeitam os princípios da necessidade,

²⁷⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisões, liberdade e cautelares pessoais* – nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 113.

²⁸⁰ SOUSA, João Castro e. *Os meios de coação no novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 153.

²⁸¹ MONTEIRO, Miguel Nuno Galiza Carneiro Aranda. *A medida de coação de prisão preventiva em Portugal* – reflexões sobre a privação da liberdade do presumido inocente. Minho: Universidade do Minho, Escola de Direito, jul. 2019, p. 30. Disponível em http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/68870/1/Tese_Final.pdf. Acesso em 08 fev. 2023.

²⁸² OLIVEIRA, Odete Maria de. *As Medidas de Coação no Novo Código de Processo Penal*. [S.l.]: Jornadas de Direito Processual Penal: o novo Código de Processo Penal, CEJ, Almedina, 1989, p. 188.

adequação, proporcionalidade e para a menor intervenção na vida e nos direitos fundamentais das pessoas²⁸³.

Dentro do que se descreve sobre os fundamentos de se existir prisões cautelares, a doutrina portuguesa conta com a explicação sobre a necessidade de a coação implicar na necessidade em se refletir a melhor forma de conciliar abordagens aparentemente inconciliáveis: restrições dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos, e as tendências nitidamente humanitárias que alimentam o Estado de Direito e o cariz nitidamente acusatório do processo penal português²⁸⁴.

Em uma apresentação sobre essas medidas cautelares, em específico, a construção justificativa da prisão preventiva busca, bem resumindo a natureza sobre as autoridades comunitárias, aplicando medidas coercitivas, é que todo mundo tem uma experiência especial. Quando sendo vítima de um crime brutal, o estímulo pela insegurança que causa, a sociedade civil reclama da máxima rigidez e rigidez das instâncias de controle formal, quando o juiz de instrução ordenou a libertação dos suspeitos que foram detidos no local. No entanto, quando o sistema se mostrou eficaz e a mesma comunidade logo ergueu a bandeira dos direitos fundamentais, dignidade humana, tolerância, diálogo e consenso. Todos esses adquirem uma dimensão enorme quando personalidades da mídia aparecem no assunto do processo ou crimes com impacto social significativo²⁸⁵.

Sobre o propósito das prisões preventivas, Barros tem como referência sobre o apuramento consciencioso acerca dos fatos que envolvem a investigação penal, no sentido em se cumprir os interesses essenciais que cercam à justiça, de forma prevenir inconvenientes listados no artigo 204º do Código de Processo Penal. A justificativa sobre a aplicação de medidas de coação – e por enquanto – se servem do assecuramento de algum ou alguns dos interesses que estão adequados aos princípios da adequação²⁸⁶⁻²⁸⁷.

No que se correspondem às medidas de coação, explica-se que os meios processuais sobre a limitação do direito fundamental à liberdade dos acusados – chamados de arguidos –

²⁸³ SOUSA, João Castro e. *Os Meios de Coação no Novo Código de Processo Penal* – O Novo Código de Processo Penal. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 320.

²⁸⁴ ISASCA, Frederico. *A prisão preventiva e as restantes medidas de coação*. Coimbra: RPCC, ano 13, n. 3, jul./set. 2003, p. 365.

²⁸⁵ Idem.

²⁸⁶ BARROS, José Manuel de Araújo. *Crítérios da prisão preventiva*. Porto: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 10, jul./set. 2000, fasc. 3º, p. 423.

²⁸⁷ O princípio da adequação é mais bem disposto por Lopes Jr.: “A reforma legislativa de 2011 sobre as medidas cautelares pessoais procurou incorporar a proporcionalidade como critério para a aplicação das medidas cautelares. O tormentoso tema, objeto de divergências infundáveis e filigranas doutrinárias, foi tratado legislativamente em seus subitens ou subprincípios da necessidade, da adequação e, em alguma medida, da proporcionalidade em sentido estrito” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 953).

tem como objetivo garantir que o procedimento seja eficaz, sendo que o desenvolvimento tanto da execução das decisões condenatórias como da própria investigação buscam ser preservados e precisam ser efetivamente analisados sobre suas possibilidades²⁸⁸.

Aqui busca-se informar que não somente com a busca em trazer a eficácia do procedimento a ser perseguido com as medidas cautelares e de coação do acusado, é o que parece também sobre o resultado de previsões legais que se informam sobre os possíveis perigos de cuja verificação e dependência de aplicação se dispõe. Assim, as medidas de coação pretendem evitar que as atividades criminosas tenham continuidade ou que haja ameaça grave de perturbação da ordem pública como está previsto no artigo 204º do Código de Processo Penal²⁸⁹.

Aqui se expõe os princípios que regem as medidas de coação no Código de Processo Penal a respeito do conjunto de medidas de gravidade crescente, a fim de antecipação, anteriormente à prisão em caráter preventivo, considerada como a medida mais gravosa, prevendo o artigo 202º do Código de Processo Penal, sendo o termo de identidade e residência, conforme o artigo 196º, a caução, presente no artigo 197º, apresentação periódica obrigatória, (artigo 198º); conforme artigo 199º, suspensão do exercício de atividades, de profissão, de função, e de direitos; e a proibição e imposição de condutas, conforme o artigo 200º, e a obrigação de permanência na habitação, conforme o artigo 201º²⁹⁰.

Aplicam-se os preceitos legais e pertinentes sobre a função essencial e garantística sobre a reserva de lei, no caso em que as restrições aos direitos, liberdades e garantias somente poderá ter lugar dentro dos casos expressamente previstos pela lei e pela competência da Assembleia da República, conforme o artigo 18º e 165º da Constituição da República Portuguesa²⁹¹. E dentro da reserva de jurisdição encontram-se as medidas cautelares restritivas da liberdade que somente poderão ser aplicadas aos arguidos pelos tribunais, o que estabelece expressamente o artigo 194º do Código de Processo Penal²⁹².

²⁸⁸ SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal* – vol. II. Lisboa: Babel, 2011, p. 401-402.

²⁸⁹ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro – Código de Processo Penal. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=199A0202&nid=199&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=%23artigo. Acesso em 23 jan. 2023.

²⁹⁰ Idem.

²⁹¹ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa – VII Revisão Constitucional [2005]. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 17 jan. 2023.

²⁹² PORTUGAL. Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro – Código de Processo Penal. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=199A0202&nid=199&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=%23artigo. Acesso em 23 jan. 2023.

Explica-se que essa reserva de jurisdição²⁹³ é que está é reconhecida internacionalmente como direito fundamental. A concepção contemporânea sobre o Estado Democrático de Direito reflete ao juiz como um ator principal e essencial para se proteger os direitos humanos, e assim, conclui-se²⁹⁴ que o acesso ao juiz se faz qualificado diante de muitas jurisdições como um direito fundamental perante o juiz.

A prisão preventiva está prevista na alínea “b” no nº 3 do artigo 27 da Constituição da República Portuguesa, possui como exceção ao princípio da proibição da privação da liberdade, sendo a consequência de sentença judicial e com aplicação de medida de segurança ou pena de prisão. Não é apenas o artigo 27º que estabelece a regra de liberdade, conforme mencionado, como também o artigo 5º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem²⁹⁵ e no artigo 9º do

²⁹³ ROMAN, Diane; HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*. Paris: Éditions Dalloz, 2013, p. 756. Não podemos negar que as autoras em seus textos já publicados trazem a dificuldade sobre a existência global das dificuldades em se manter os desafios em relação aos paradigmas centrais do constitucionalismo liberal, sendo que estes não estão mais confinados às margens ou às periferias do mundo que os criou, mas sim, interferindo no centro e no uso do constitucionalismo de uma forma geral. Cita-se, inclusive, o Brasil: “*Au Brésil, le lawfare a permis la destitution de la présidente Dilma Rousseff, l'emprisonnement abusif de Lula et l'élection de Jair Bolsonaro*”. E ainda, informa que em muitos países que pareciam adotar muitos dos parâmetros de referência do constitucionalismo global, os líderes populistas fizeram uso dele autoritário: Índia de Modi, Venezuela de Chávez, Israel de Netanyahu ou Bennett são apenas alguns exemplos. Na própria Europa, a guerra lançada pela Rússia e Ucrânia terá finalmente conduzido ao pacto manco do Conselho da Europa excluídos, mas os casos húngaro e polonês remetem que dia após dia os valores do constitucionalismo liberal estão perdendo terreno. Resumindo o que as autoras informam é que depois de décadas de provavelmente muita ingenuidade, confiança ou felicidade em relação à gramática do constitucionalismo liberal, a realidade política e jurídica obrigam-nos a ver as formas abusos que ele pode tomar e colocar. Informam ainda que os direitos humanos, por um lado, e o controle jurisdicional, por outro lado, impuseram-se como modelos de constitucionalismo liberal, o segundo é posto a serviço não da consagração ou da proteção dos primeiros, mas de sua aniquilação. Não há mais certo aborto constitucional federal nos Estados Unidos. Dentre uma ampla discussão que cerca sobre o constitucionalismo e os direitos fundamentais, em um tema especial tratado pelas autoras sobre o aborto, mas que também trouxe muito dessa discussão sobre reserva de jurisdição e os direitos fundamentais limitados ou não de acordo com novas legislações (HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie; ROMAN, Diane; SLAMA, Serge. *Pourquoi et comment constitutionnaliser le droit à l'avortement*. Paris: Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, Actualités Droits-Libertés, 2022, p. 2. Disponível em https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjCrbptwob9AhX_qpUCHTBfAiWQFnoECCsQAQ&url=https%3A%2F%2Fjournals.openedition.org%2Frevdh%2Fpdf%2F14979&usg=AOvVaw1Y_Vsf8ZjNs9JNipkZljNf. Acesso em 08 fev. 2023).

²⁹⁴ ROMAN, Diane; HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*. Paris: Éditions Dalloz, 2013, p. 2.

²⁹⁵ De acordo com o artigo 5º: “1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal: a) Se for preso em consequência de condenação por tribunal competente; b) Se for preso ou detido legalmente, por desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por um tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita pela lei; c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infracção, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infracção ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido; d) Se se tratar da detenção legal de um menor, feita com o propósito de o educar sob vigilância, ou da sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente; e) Se se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicómano ou de um vagabundo; f) Se se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição. 2. Qualquer pessoa presa deve ser informada, no mais breve prazo e em língua que compreenda, das razões da sua prisão e de qualquer acusação formulada contra ela. 3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições

Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos²⁹⁶, sendo que são previstas restrições à aplicação da regra, explicitando-se os casos que se condicionam à verificação de requisitos e pressupostos.

A privação de liberdade através de prisão em caráter preventivo está descrita no artigo 27º. Tal texto estabelece que se dê dentro das condições previstas em lei e no tempo nelas fundamentado, identificando que tal medida de coação tem norma constitucional autónoma.

O artigo 28º da Constituição²⁹⁷ tem como traço, desde logo, com linhas gerais do regime processual que se segue à detenção de um cidadão e da imposição ao limite de quarenta e oito horas para que se ocorra a apreciação judicial, sendo aquela que se determina para a decisão de privação da liberdade e seja logo comunicada ao parente ou a pessoa da confiança do detido, sendo por estes indicados, estabelecendo que a prisão preventiva se sujeite aos prazos estabelecidos na lei. A norma em apreço tem como estabelecimento ainda no nº 2 um princípio fundamental que se relaciona à prisão preventiva, sendo expressamente prevista que tal medida tenha natureza excepcional, não podendo ser decretada nem mantida diante de outra medida que se apresente mais favorável e menos gravosa que está prevista em lei²⁹⁸.

previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo. 4. Qualquer pessoa privada da sua liberdade por prisão ou detenção tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal. 5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou detenção em condições contrárias às disposições deste artigo tem direito a indemnização (UNIÃO EUROPEIA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. França: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Council of Europe, 1950. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 08 fev. 2023. p. 58).

²⁹⁶ Conforme o texto *ipsis literis*: “Todo o indivíduo tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser submetido a detenção ou prisão arbitrárias. Ninguém poderá ser privado da sua liberdade, excepto pelos motivos fixados por lei e de acordo com os procedimentos nela estabelecidos. Toda a pessoa detida será informada, no momento da sua detenção, das razões da mesma, e notificada, no mais breve prazo, da acusação contra ela formulada. Toda a pessoa detida ou presa devido a uma infracção penal será presente, no mais breve prazo, a um juiz ou outro funcionário autorizado por lei para exercer funções judiciais, e terá direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade. A prisão preventiva não deve constituir regra geral, contudo, a liberdade deve estar condicionada por garantias que assegurem a comparência do acusado no acto de juízo ou em qualquer outro momento das diligências processuais, ou para a execução da sentença. Toda a pessoa que seja privada de liberdade em virtude de detenção ou prisão tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, com a brevidade possível, sobre a legalidade da sua prisão e ordene a sua liberdade, se a prisão for ilegal. Toda a pessoa que tenha sido detida ou presa ilegalmente tem o direito a obter uma indemnização” (PORTUGAL. Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos – Lei nº 29/78, de 12 de junho. Disponível em https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf. Acesso em 08 fev. 2023. Documento não paginado).

²⁹⁷ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa – VII Revisão Constitucional [2005]. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 17 jan. 2023.

²⁹⁸ Essas previsões também estão correspondentes no artigo 141º, 254º, nº 1, alínea “a”, e no artigo 194º, nº 10, e 215º do Código de Processo Penal (PORTUGAL. Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro – Código de Processo Penal. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=199A0202&nid=199&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=%23artigo. Acesso em 23 jan. 2023).

Para Barros²⁹⁹, o interesse que é constitucionalmente protegido sobre os direitos fundamentais, especialmente quando corresponde à liberdade pessoal, está disposta também sobre a administração apropriada da justiça, no artigo 202º, nº 2, da Constituição Portuguesa. “Artigo 202º - 1. Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo. 2. Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados. 3. No exercício das suas funções os tribunais têm direito à coadjuvação das outras autoridades. 4. A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos.”³⁰⁰

Aqui se vincula ao que já foi abordado sobre a credibilidade da justiça como foi tratado no artigo de Prado³⁰¹, e que Barros³⁰² também elucida que se assegura aqui e tem como escopo que a defesa dos interesses e dos interesses legais dos indivíduos é a repressão de qualquer violação da legalidade democrática, com o objetivo de se evitar conflitos de interesses, sejam eles públicos e/ou privados. O que Barros, com esteio, afirma³⁰³, é que o legislador constitucional português tem como entendimento sobre os limites atribuídos à prisão em caráter preventivo, servindo como complemento aos princípios da adequação e da subsidiariedade consagrado como um caráter excepcional daquela, sendo que o veio disposto pelo legislador no artigo 193º, nº 2, e 202º, nº 1 do Código de Processo Penal.

Esses últimos artigos mencionados são aqueles que estabelecem a hierarquia e determina aquela que se aplique quando as medidas forem inadequadas ou insuficientes dentro de outras medidas que se contendem com a liberdade pessoal, mas, menos gravosas³⁰⁴.

Assim, resume-se que o perfil constitucional português acerca da prisão preventiva é que possui caráter excepcional, precário, fundamentado e temporariamente limitado³⁰⁵.

²⁹⁹ BARROS, José Manuel de Araújo. *Critérios da prisão preventiva*. Porto: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 10, jul./set. 2000, p. 643.

³⁰⁰ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa – VII Revisão Constitucional [2005]. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 17 jan. 2023. Documento não paginado.

³⁰¹ PRADO, Luis Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *O fator “credibilidade” na prisão preventiva: a pessoa humana como meio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1011, jan. 2020, p. 1-14. Disponível em http://regisprado.com.br/resources/CREDIBILIDADE_PRISAO.pdf. Acesso em 30 jan. 2023.

³⁰² BARROS, José Manuel de Araújo. *Critérios da Prisão Preventiva*. Coimbra: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 10, jul./set. 2000, p. 463.

³⁰³ Idem.

³⁰⁴ Conforme o artigo 200º e 201º do Código de Processo Penal.

³⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 589.

3.2 Evolução do entendimento sobre prisões cautelares e, em específico, a prisão em caráter preventivo

De uma forma geral, as prisões cautelares no sistema processual brasileiro, foram pouco ou até minimamente modificadas com o tempo. A prisão preventiva no Brasil remonta ao período colonial, sendo influenciada pelo sistema legal português. Durante esse período, a prisão em caráter preventivo era aplicada de forma abusiva e sem critérios claros, muitas vezes resultando em detenções prolongadas e arbitrárias.

Com a chegada da família real ao Brasil em 1808, ocorreram algumas mudanças no sistema jurídico do país. Foi promulgado o Código Criminal do Império, em 1830, que trouxe algumas disposições sobre a prisão em caráter preventivo. Contudo, a legislação da época ainda carecia de definições precisas e garantias processuais adequadas.

No ordenamento jurídico brasileiro, quando houve a Proclamação da Independência em 1822, a primeira Constituição do Brasil, de 1824, afirmava da seguinte forma sobre a privação de liberdade no artigo 179, parágrafo oitavo: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.”³⁰⁶

E no parágrafo décimo: “[...] IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.”³⁰⁷

No Código de Processo Penal que vigorava na época, publicado em 1832, o artigo 175 tinha como disposição do flagrante delito: “Poderão tambem ser presos sem culpa formada os que forem indiciados em crimes, em que não tem lugar a fiança; porém nestes, e em todos os

³⁰⁶ BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 16 fev. 2023. Documento não paginado.

³⁰⁷ Idem, documento não paginado.

mais casos, á excepção dos de flagrante delicto, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escripta da autoridade legitima.”³⁰⁸

Nesta época, quando não tivesse disposição legislativa que autorizasse o uso de fiança, quando também não fosse conveniente para o Poder Judiciário, seria possível decretar prisão preventiva para a prática de crimes. Essas disposições legislativas apresentadas, em si, apresentam que, com o passar do tempo, foram sendo insuficientes, vez que para que fosse possível decretar a prisão em caráter preventivo seria através de um mero “achismo” de que o acusado cometera determinado crime que não caberia fiança. Dentro dessa linha, confuso e ineficaz que foi sendo apresentada ao longo do tempo, críticas que dispuseram pelo Deputado Figueira de Melo na discussão do projeto do Deputado Saião Lobato, de 1861, havia intenção de instituir um auto especial e prévio para que se qualificasse juridicamente o fato imputável diante de existir as razões que justificassem a prisão³⁰⁹.

Mais adiante, surge outro projeto, em 1869, que tinha o escopo de decretar prisão em caráter preventivo melhores formas rigorosas de aplicação, sendo considerada uma medida excepcional, finalmente, de forma mais clara. Isso porque a prisão em caráter preventivo só se daria caso estivesse explícita a condição de crime inafiançável. Tal condição se daria através da declaração sob juramento ou por corpo de delito, de no mínimo duas testemunhas indicando duas circunstâncias de que o indiciado não fosse abonado, se não tivesse residência fixa e permanente em um lugar, e de o crime ter sido cometido com prazo em até 3 anos anteriores. Entretanto, através da autoridade, poderia ser declarada quando se tratasse de crime muito grave, ser exigida a caução ou fiança, no caso de existir contra ele presunção veemente³¹⁰.

Em 1870 que a Câmara dos Deputados retoma o projeto e os termos de 1861, organizando um novo projeto e culminando na Lei nº 2.033, de 20/09/1871, que tinha o artigo 13 da seguinte forma:

³⁰⁸ BRASIL. Lei de 29 de novembro de 1832. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm. Acesso em 16 fev. 2023. Documento não paginado.

³⁰⁹ Advém da obra de Joaquim José Caetano Pereira e Sousa sobre a abordagem das primeiras linhas da modernidade jurídica luso-brasileira durante o século XVIII e XIX, que informava que o réu não poderia ser preso sem que existisse uma ordem do magistrado que mandasse a prisão, nem antes de que a culpa fosse, no Poder Judiciário, formada, exceto quando fosse em flagrante delito ou quando o crime fosse comprovadamente merecendo a pena de morte natural ou civil. A disposição é que este ponto de vista está marcada para antes dessas informações de 1824 e 1832, sendo que foi em relação à Lei de 6 de dezembro de 1612 (BARAHORA, Henrique. *Joaquim José Caetano Pereira e Sousa e as 'primeiras linhas' da modernidade jurídica luso-brasileira (sécs. XVIII/XIX)*. Rio de Janeiro: Anais do XVI Encontro Regional de História da Anpuh-Rio, Saberes e Práticas Científicas, ago. 2014, p. 1-9. Disponível em http://www.encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/28/1400248157_ARQUIVO_Anpuh_2014.pdf. Acesso em 16 fev. 2023).

³¹⁰ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo Criminal Brasileiro* – vol. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Livraria Freitas Bastos S.A., 1959, p. 329-330.

O mandado de prisão será passado em duplicata. O executor entregará ao preso, logo depois de effectuada a prisão, um dos exemplares do mandado com declaração do dia, hora e lugar, em que effectuou a prisão, e exigirá que declare no outro havel-o recebido; recusando-se o preso, lavrar-se-ha auto assignado por duas testemunhas. Nesse mesmo exemplar do mandado o carcereiro passará recibo da entrega do preso com declaração do dia e hora.

§ 1º Nenhum carcereiro receberá preso algum sem ordem por escripto da autoridade, salvo nos casos de flagrante delicto, em que por circumstancias extraordinarias se dê impossibilidade de ser o mesmo preso apresentado á autoridade competente nos termos dos paragraphos acima.

§ 2º A' excepção de flagrante delicto, a prisão antes da culpa formada só pôde ter lugar nos crimes inafiançaveis, por mandado escripto do Juiz competente para a formação da culpa ou á sua requisição; neste caso precederá ao mandado ou á requisição declaração de duas testemunhas, que jurem de sciencia propria, ou prova documental de que resultem vehementes indícios contra o culpado ou declaração deste confessando o crime.

§ 3º A falta, porém, do mandado da autoridade formadora da culpa, na ocasião, não inibirá a autoridade policial ou Juiz de Paz de ordenar a prisão do culpado de crime inafiançavel, quando encontrado, se para isso houverem de qualquer modo recebido requisição da autoridade competente, ou se fôr notoria a expedição de ordem regular para a captura; devendo, porém, immediatamente ser levado o preso á presença da competente autoridade judiciaria para delle dispôr. E assim tambem fica salva a disposição do artigo 181, membro 2º do Codigo Criminal.

§ 4º Não terá lugar a prisão preventiva do culpado, se houver decorrido um anno depois da data do crime. (grifo nosso)³¹¹

Deste, a prisão em caráter preventivo passa a exigir esses contornos especiais que são visualizados atualmente, dentro de formatações prévias de instrução para a decretação, quando em casos de crimes inafiançáveis, contudo, sem existir a legislação de quaisquer referências a requisitos de cautelaridade, o chamado *periculum in mora*. Foi regulamentado o dispositivo perante o artigo 29 do Decreto nº 4.824, de 22/11/1871 que disciplinava sobre como seriam procedidos os pedidos da prisão preventiva.

Ainda antes de iniciado o procedimento da formação da culpa ou de quaesquer diligencias do inquerito policial, o Promotor Publico, ou quem suas vezes fizer, e a parte queixosa poderão requerer, e a autoridade policial representar, acerca da necessidade ou conveniencia da prisão preventiva do réo indiciado em crime inafiançavel, apoiando-se em prova de que resultem vehementes indícios de culpabilidade, ou seja confissão do mesmo réo ou documento ou declaração de duas testemunhas; e, feito o respectivo autuamento, a autoridade judiciaria competente para a formação da culpa, reconhecendo a procedencia dos indícios contra o arguido culpado e a conveniencia de sua prisão, por despacho nos autos a ordenará, ou expedindo mandado escripto, ou requisitando por comunicação telegraphica, por aviso geral na imprensa ou por qualquer outro modo que faça certa a requisição.

§ 1º Independente de requerimento da parte accusadora ou representação da autoridade policial, poderá do mesmo modo o Juiz formador da culpa, julgando necessario ou conveniente, ordenar ou requisitar, antes da pronúncia, a prisão do réo de crime inafiançavel, se tiver colligido ou lhe fôr presente aquella prova de que resultem vehementes indícios da culpabilidade do dito réo.

§ 2º A autoridade policial e os Juizes de Paz deverão fazer prender os indiciados culpados de crimes inafiançaveis, descobertos em seus districtos, sempre que tiverem conhecimento de que pela autoridade competente para a formação da culpa foi ordenada essa captura, ou porque recebessem directa requisição ou por ser de notoriedade publica que o Juiz formador da culpa a expedira.

³¹¹ BRASIL. Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2033.htm. Acesso em 16 fev. 2023. Documento não paginado.

Executada a prisão, immediatamente o preso, será conduzido á presença do mesmo Juiz para delle dispôr.

§ 3º Não poderá ser ordenada ou requisitada nem executada a prisão de réo não pronunciado, se houver decorrido um anno depois da perpetração do crime. (grifo nosso)³¹²

Esse regulamento também trazia a autorização, de ofício, pelo juiz, que a prisão em caráter preventivo fosse decretada, conforme foi observado no parágrafo primeiro do artigo 29 do Decreto nº 4.824, de 22/11/1871 que se encontra grifado anteriormente.

E mais adiante, surge o título do Aviso nº 438, de 29/10/1877: “[...] a prova essencial para essa representação não depende da formação do inquérito, conquanto se possa dele extrair, em próprio original, por certidão, ou por cópia, conforme a urgência do caso, qualquer prova necessária para ser apreciada pelo juiz, que deverá em todo o caso proceder ao autuamento e decidir como for justo e em tempo de evitar o mau êxito da diligência; devolvendo à autoridade policial, a fim de ser junto ao inquérito, o documento que em original tenha sido extraído”³¹³.

Em 1891, com a nova Constituição, o artigo 72 disciplinou a matéria na seguinte forma: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: [...] § 13. Á excepção do flagrante delicto, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escripta da autoridade competente. § 14. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as excepções especificadas em lei, nem levado a prisão, ou nella detido, si prestar fiança idonea, nos casos em que a lei a admitir [...]”³¹⁴

E ainda, embora vigorasse o regime republicano, ainda que se mantivessem as normas atinentes à prisão em caráter preventivo, o STF interpreta a legislação conforme publicado no acórdão de 04/05/1892: “Não basta, para considerar-se legal a prisão sem culpa formada, que das provas especificadas no artigo 13, § 2º, da Lei n. 2.033, de 1871, resultem veementes indícios de ter o culpado cometido um delito qualquer: é demais preciso que a autoridade tenha obtido tal conhecimento do crime, que a habilite a discriminar-lhe a natureza e gravidade, em ordem a poder com segurança decidir preliminarmente se é ou não afiançável. Está neste caso o crime que pode ser provado pelo corpo de delito direto; mas, nem sempre estão nesse caso

³¹² BRASIL. Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm. Acesso em 16 fev. 2023. Documento não paginado.

³¹³ Idem, documento não paginado.

³¹⁴ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 16 fev. 2023.

aqueles que dependem de outras diligências e pesquisas, que só no sumário da culpa se podem fazer, inquirindo-se testemunhas, acerca da sua existência e circunstâncias e do delinquente.”³¹⁵

Após a publicação da decisão acima, ocorre a ampliação da decretação da prisão em caráter preventivo e a revogação da limitação de tempo para que essa decisão seja prolatada. (artigo 27, par. 1o, inciso I e II do Decreto nº 2.110, de 30/07/1909)³¹⁶. Mais adiante, o Decreto nº 4.780, de 27/12/1923³¹⁷ que trouxe o artigo 31 que falava sobre autorização da prisão em caráter preventivo seguindo a legislação vigente e trouxe o parágrafo primeiro a respeito dos crimes consideráveis afiançáveis quando o indiciado é “vagabundo” sem domicílio e profissão lícita; e no inciso II: quando este já cumpriu pena de prisão.

Na Constituição de 1891 a interpretação do artigo 34 atribuía ao Estado a competência de legislar sobre o processo penal³¹⁸. Neste ponto, o Rio Grande do Sul³¹⁹ traz em seu Código de Processo Penal, autônomo da federação, o artigo 194, Código de Processo Criminal, estabelecendo a prisão preventiva³²⁰.

Anteriormente ao Código de Processo Penal de 1941, a prisão em caráter preventivo era aplicada aos crimes inafiançáveis. Desta forma, devido a inexistência de um Código de Processo Penal, não havia como se estabelecer o conceito de *periculum in mora* (elementos de cautelaridade), que poderiam autorizar a segregação do indiciado e privá-lo de sua liberdade.

O Código de Processo Penal utilizado na atualidade no Brasil foi idealizado e revelado perante uma conjuntura do regime autoritário do Estado Novo, ainda durante a Segunda Guerra Mundial e a ascendência do Código de Processo Penal italiano de 1930. Este código italiano foi ambientado no fascismo e idealizado por Vincenzo Manzini³²¹.

³¹⁵ ALMEIDA JR., João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Livraria Freitas Bastos S.A., 1959, p. 345.

³¹⁶ BRASIL. Decreto nº 2.110, de 30 de setembro de 1909. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-2110-30-setembro-1909-580312-publicacaooriginal-103262-pl.html>. Acesso em 22 fev. 2023.

³¹⁷ BRASIL. Decreto nº 4.780, de 27 de dezembro de 1923. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4780-27-dezembro-1923-568835-publicacaooriginal-92160-pl.html>. Acesso em 22 fev. 2023.

³¹⁸ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 22 fev. 2023.

³¹⁹ RIO GRANDE DO SUL. Código de Processo Penal – Lei nº 24, de 15 de agosto de 1898. Disponível em <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/479/95044.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 02 abr. 2023.

³²⁰ Esta legislação de acordo com Barros foi uma legislação de prisão preventiva considerada como inválida pelo Supremo Tribunal ter considerado como inconstitucional, não sendo conciliada com a legislação federal no que se dispõe as restrições de liberdade individual (BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 176).

³²¹ CORDEIRO, Nefi; LINHARES, Antonio Carlos Alves. *Prisões cautelares e presunção de culpa: notas históricas sobre esta dialética no Direito Processual Penal brasileiro*. Brasília: Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, vol. 3, n. 1, jan./jun. 2017, p. 2.

No Código italiano que inspirou Brasil teve como início da abordagem na relação com a prisão cautelar e a presunção de inocência, e o a prisão em caráter preventivo, dentro do sigilo do inquérito e no próprio fato da imputação, pressupondo que as provas suficientes do crime deverão constituir, no mínimo, uma presunção de culpa³²².

Sob esse ponto de vista, a prisão em caráter preventivo deve se pautar na presunção de culpa. Como pode ser visto no texto de Giacomoli³²³, tradicionalmente promulgada no Brasil, baseia-se em uma presunção absoluta contra o detido/investigador/arguido, ao fixar concomitantemente esta medida cautelar, o que reforça a permanência desta presunção ao longo do processo. No que diz respeito às prisões preventivas, o pano de fundo da transplantação do modelo autocrático italiano para o brasileiro é evidente. De acordo com Cordero³²⁴, o conceito que formou o Código Rocco Italiano na década de 1930, em 1941, teve o estabelecimento pelo Partido Comunista constituindo-se como uma espinha dorsal ideológica e foi considerado uma prisão. Como regra, e não como um procedimento excepcional, mesmo que não haja limite de tempo prescrito. Aqui trata-se da culpa é presumida, ou seja, as pessoas já nascem culpadas, mas tratar sobre qualquer ponto a fim de que o mal nele contido emergja.

Ultrapassando para a Constituição de 1937, o texto desta carta baseia-se sobre o Código de Processo Penal de 1942, de forma que trouxe expressamente o respeito aos direitos fundamentais, o rol de direitos previstos ausentes ainda, o estado de não culpabilidade, conforme o artigo 123³²⁵, sendo que o exercício das garantias através dos meios de procedimentos prescritos foi limitado aos interesses sociais. Mais tarde, formalizado por Francisco Campos na Exposição de Motivos³²⁶, informou que haveria uma necessidade urgente de se manter os interesses individuais que prevalecem sobre a proteção social. Conforme descrito no item II Exposição de Motivos do Código de Processo Penal³²⁷.

³²² MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. Santiago S. Melendo e Marino A. Redín Tomos I e V. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 1996, p. 253-254.

³²³ GIACOMOLI, Nereu J. *O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014, p. 100.

³²⁴ CORDEIRO, Nefi; LINHARES, Antonio Carlos Alves. *Prisões cautelares e presunção de culpa: notas históricas sobre esta dialética no Direito Processual Penal brasileiro*. Brasília: Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, vol. 3, n. 1, jan./jun. 2017, p. 3.

³²⁵ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 09 fev. 2023.

³²⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html>. Acesso em 09 fev. 2023.

³²⁷ Neste sentido: “Essa Comissão submeteu o anteprojeto a debates em congressos juristas, incorporando-lhe, ao cabo de extensa e profunda revisão crítica, a colaboração do que havia de mais expressivo em nossa cultura jurídica, na área do Direito Processual Penal” (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206->

A Exposição de Motivos assinada por Francisco Campos revela então o caráter autoritário do projeto, que pressupõe que ao firmar sua identidade ideológica com o objetivo de aumentar a eficiência e a energia das operações repressivas do Estado que poderiam ofender, segundo item da exposição de motivos, a emergência do estado de presunção de inocência – ou de não culpabilidade – sendo que quando inserido, ainda que restritivamente, traz o contexto da projeção que está vinculada às regras de julgamento no Poder Judiciário, conhecido como *in dubio pro reo*³²⁸.

No ano de 1942 quando o Código de Processo Penal é estabelecido, período em que foi declarado Estado de Guerra³²⁹, houve a suspensão de diversos direitos fundamentais que eram constitucionalmente assegurados. Desde a Lei Constitucional nº 1/38³³⁰, de forma que foi incluída na Constituição, no artigo 122, parágrafo treze, afirmou a permissão legislativa sobre a pena de morte, além das condições que eram previstas na legislação militar durante os tempos de guerra. Assim, o estado de não culpabilidade não foi objeto de referência dentro do direito positivo brasileiro e no ambiente anterior da Constituição de 1988 se faz importante ser observado e que se correlaciona com a prisão em caráter preventivo.

Observa-se é que as normas de direito internacional a se prever sobre o princípio que somente foram internalizadas dentro do direito positivo apenas cinquenta anos depois, em 1992³³¹.

exposicaodemotivos-149193-pe.html. Acesso em 09 fev. 2023. Documento não paginado). Fato que na exposição de motivos não há qualquer menção à culpabilidade ou à presunção de inocência.

³²⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html>. Acesso em 09 fev. 2023.

³²⁹ BRASIL. Decreto nº 10.358, de 31 de agosto de 1942. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d10358.htm. Acesso em 09 fev. 2023.

³³⁰ BRASIL. Lei Constitucional nº 1, de 16 de maio de 1938. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicon/1930-1939/leiconstitucional-1-16-maio-1938-373574-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 15 fev. 2023.

³³¹ Promulgada em 1992, a Convenção Americana de Direitos Humanos, no Decreto nº 678, de 06 de novembro, sob a previsão do artigo 8.2, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi promulgado pelo Brasil mediante o Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, prevendo o princípio em seu artigo 14.2 sobre a presunção de inocência, conforme os textos a seguir: Artigo 8 do Decreto nº 678: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos. g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” (BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 09 fev. 2023. Documento não paginado). E

Foi somente com a promulgação do Código de Processo Penal em 1941 que a prisão em caráter preventivo passou a ser regulamentada de maneira mais estruturada no Brasil. O código estabeleceu critérios mais objetivos para os casos em que deveria ser aplicado, como apresentar indícios de autoria, provas da materialidade, além da necessidade e adequação da medida cautelar. No entanto, com o tempo, o sistema de justiça penal brasileiro enfrentou desafios e críticas quanto à aplicação da prisão em caráter preventivo. Muitos casos de prisões preventivas prolongadas e injustificadas foram relatados, gerando preocupações quanto à violação dos direitos fundamentais dos acusados, como a presunção de inocência e o direito à liberdade.

Desta forma, a partir do Código de Processo Penal de 1941, com a entrada em vigor em 1942, a regulação da prisão em caráter preventivo compulsória estava no artigo 312 com a incidência quando o delito apresentasse máxima pena de reclusão de um período de dez anos ou mais. Para ser possível, deveria cumprir o requisito do *fumus comissi delicti*, e o artigo 311 do Código de Processo Penal, e bastante, além do requisito da cautelar, deveria apresentar a gravidade delitiva em abstrato, para que se subtraísse a pena cominada. O exercício desta medida passava a ser dever do Poder Judiciário. Eram dispensáveis os fundamentos de *periculum libertatis* e dos riscos que poderiam apresentar, com o acusado em liberdade, para o caminhar do caso.

Na disposição legal da prisão processual obrigatória surge a já revogada Lei nº 5.349, de 1967³³², que atualmente são reguladas as cautelares penais na Lei nº 12.403, de 2011³³³. Assim, neste período vigorou a prisão processual obrigatória no Brasil, e cerca de vinte e cinco anos. Pelo disposto, não é razoável não informar sobre a influência do sistema normativo nas mentalidades dos atores judiciais, acadêmicos e legisladores.

Até recentemente, portanto, atualmente com a vigência da Constituição de 1988, a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, existia a previsão de diversas normas processuais penais, inclusive,

o artigo 14.2 do Decreto nº 592/1992: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 09 fev. 2023. Documento não paginado).

³³² BRASIL. Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L5349.htm. Acesso em 09 fev. 2023.

³³³ BRASIL. Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em 09 fev. 2023.

em legislação especial que passava a vedar a liberdade provisória, em razão da espécie delitiva em questão eleita, independentemente se existissem os fundamentos da cautelar³³⁴.

Os exemplos que são colhidos estão presentes no artigo 44 da Lei nº 11.343/06, quanto à vedação da liberdade provisória³³⁵, mais adiante, o artigo 21 da Lei nº 10.826/03³³⁶, o artigo 2º, inc. II da Lei nº 8.072³³⁷, o artigo 7º da Lei nº 9.034/95³³⁸ e o artigo 3º, da Lei nº 9.613/98³³⁹. Destaca-se que houve a desnaturação da natureza garantidora que se atribuía às cautelares, de forma a se impor, de modo obrigatório, o que se resta exteriorizada na prisão temporária que fora regulada pela Lei nº 7.960/89³⁴⁰. Neste sentido, se faz presumido que a violação da taxatividade e da desnaturação da função cautelar se apresenta como uma forma de se utilizar do investigado a sua fonte de prova de forma compulsória. Expõe-se trazer como uma tradição nacional para instrumentalizar do investigado e acusado para e obrigar a participar de atos processuais e investigativos, sob pena de coação, assim como as formas de se impor de medidas justificadas como “acautelatórias”, para a ordem se prevenir a ausência a tais atos processuais³⁴¹.

³³⁴ CORDEIRO, Nefi; LINHARES, Antonio Carlos Alves. *Prisões cautelares e presunção de culpa*: notas históricas sobre esta dialética no Direito Processual Penal brasileiro. Brasília: Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, vol. 3, n. 1, jan./jun. 2017, p. 6.

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas corpus* nº 104339. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 10 mai. 2012. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3164259>. Acesso em 09 fev. 2023.

³³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3112. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 02 mai. 2008. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491806>. Acesso em 09 fev. 2023.

³³⁷ Revogado pelo artigo 1º da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007 (BRASIL. Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11464.htm. Acesso em 09 fev. 2023).

³³⁸ Lei revogada pelo artigo 26, da Lei nº 12.850/13 (BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm. Acesso em 09 fev. 2023).

³³⁹ Revogado pelo artigo 4º, da Lei nº 12.683/12 (BRASIL. Lei nº 12.689, de 09 de julho de 2012. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12683.htm. Acesso em 09 fev. 2023).

³⁴⁰ Importante remontar que o artigo 1º da lei de prisão temporária possui um rol de delitos graves. Esse artigo demonstra que se faz a prisão temporária passível de incidência, e estipula como *periculum libertatis* a ausência de residência fixa/dificuldade de identificação do agente ou a imprescindibilidade para as investigações. É a utilização da presunção absoluta de fuga (ausência de residência fixa ou dúvida sobre a identidade) e a alternativa admissão de categoria extraordinariamente aberta – a imprescindibilidade para as investigações. Justifica-se prisão por medo de fuga sem vinculação fática, ou por qualquer fundamento imaginável que ao magistrado possa justificar riscos às investigações – que podem variar da razoável prisão de quem destrói provas, à prisão para evitar simples conversa e preparação técnica do perseguido (CORDEIRO, Nefi; LINHARES, Antonio Carlos Alves. *Prisões cautelares e presunção de culpa*: notas históricas sobre esta dialética no Direito Processual Penal brasileiro. Brasília: Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, vol. 3, n. 1, jan./jun. 2017, p. 7).

³⁴¹ Aqui se explica os recentes episódios que se fundamentam nas conduções coercitivas de investigados, possuindo previsão direta no artigo 260 do Código de Processo Penal, também abordada pela sua não recepção na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395, exemplificando a mentalidade e a condução coercitiva para utilização do investigado como meio forçado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 14 jun. 2018. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749901068>. Acesso em 09 fev. 2023).

Para finalizar essa breve análise histórica, a tradição existente em se prender por presunções, por culpa, por antecipação de condenação, faz não se surpreender a criação de leis penais especiais e ainda mais rigorosas do que se faz a própria redação originária do Código de Processo Penal.

O artigo 313, *caput* do Código de Processo Penal, na redação originária do texto, trouxe as hipóteses do *periculum libertatis* para a prisão preventiva não compulsória e assegura-se que a lei seja plicada, garantia da ordem pública e a conveniência da instrução, de forma a se incluir, posteriormente, a garantia da ordem econômica e a redação que foi estatuída pelo texto de 2011 na Lei nº 12.403³⁴².

É fato que era cabível a custódia preventiva mesmo para crimes que seriam afiançáveis, no caso de o acusado ser considerado como “vadio” ou se existisse questionamento a respeito de sua identidade, ou, com reincidência dolosa. E ainda, a garantia da instrução e a garantia da aplicação da lei são trazidas relevantemente os fundamentos da cautelaridade, mesmo podendo ter como certa a garantia da ordem pública³⁴³. Ainda afirma³⁴⁴ que a proteção da sociedade, da paz social, da ordem estabelecida, e além do conceito vago que essas disposições abordam, estão ligadas ao seu caráter endoprocessual.

A prisão em caráter preventivo no Brasil teve modificação na edição da Lei nº 12.403, em 2011³⁴⁵. Porém, é preciso antes trazer um marco de evolução antes dessa edição de modificação, em busca de espelhar e apresentar o regime existente acerca dessas prisões cautelares. Se faz importante para estabelecer o parâmetro de análise neste estudo para que seja baseado em uma verificação cautelar em se manter pessoas presas antes de conclusão do processo penal com trânsito em julgado³⁴⁶.

Há crítica que no regime anterior antes à modificação de 2011 baseava-se em um modelo de “bipolaridade cautelar”³⁴⁷, de forma que o magistrado somente tinha duas opções ante a privação de liberdade do imputado: atribuir a prisão em caráter preventivo ou a liberdade

³⁴² BRASIL. Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em 09 fev. 2023.

³⁴³ CHOUKR, Fauzi H. *A “Ordem Pública” como Fundamento da Prisão Cautelar – Uma Visão Jurisprudencial*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, n. 4, 1993, p. 93.

³⁴⁴ Idem.

³⁴⁵ BRASIL. Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em 09 fev. 2023; BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2019/lei-13964-24-dezembro-2019-789639-norma-pl.html>. Acesso em 09 fev. 2023.

³⁴⁶ Muito dessa análise está presente na obra de MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. Forense: São Paulo, 2011.

³⁴⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. Forense: São Paulo, 2011, p. 19-20.

provisória. A liberdade provisória tinha como ônus a atribuição de necessidade do comparecimento aos atos do processo, mesmo após o instituto da funcionalidade da fiança ter perdido sua funcionalidade, “em razão de alterações legislativas que a desnaturaram”³⁴⁸.

Após as modificações de 2011, como uma das maiores alterações que surgem com a publicação das Leis nº 13.964, de 2019, com a Lei Anticrime, e a Lei nº 13.869/2019, na Nova Lei de Abuso de Autoridade, alterando a forma relevante sobre esses dispositivos legais que cuidam dos procedimentos, de forma que os pressupostos e requisitos para o cabimento e o cumprimento de prisões e medidas cautelares.

A Lei conhecida como Pacote Anticrime passou a alterar a redação do dispositivo que reforçasse mais as medidas impostas aos juízes, de forma a estabelecer que, caso a ampla defesa e o contraditório sejam promovidos antes da decretação da medida de uma possível prisão cautelar, e a essa urgência e a excepcionalidade integram a fundamentação. O parágrafo três do artigo 282 do Código de Processo Penal estabelece o contraditório como um procedimento de decretação de Prisão ou Medidas Cautelares. E assim, o magistrado, caso não proceder com o contraditório, antes da prisão cautelar ser decretada, não poderá ser feito depois³⁴⁹.

Percebe-se um movimento de reforma do sistema penal no Brasil nas últimas décadas, buscando garantir maior efetividade e equidade no processo. Foram implementadas alterações legislativas e jurisprudenciais para restringir o uso abusivo da prisão em caráter preventivo, estabelecendo critérios mais rigorosos para sua aplicação e fortalecendo as garantias dos acusados.

Como já ressaltado, hoje em dia no Brasil, a prisão em caráter preventivo é tida como uma medida excepcional, que deve ser aplicada somente quando estritamente necessária e proporcional. A jurisprudência dos tribunais superiores tem reforçado a necessidade e respeito aos direitos fundamentais dos acusados nos casos de ocorrência de prisão de caráter preventivo, como a revisão periódica da sua necessidade e o contraditório garantido.

Embora tenham ocorrido avanços, ainda existem desafios a serem enfrentados no sistema de justiça penal brasileiro para garantir uma aplicação justa e equitativa da prisão em caráter preventivo, levando em consideração conjunta a proteção dos direitos individuais dos acusados com a efetividade do processo.

³⁴⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. Forense: São Paulo, 2011, p. 19-20.

³⁴⁹ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2019/lei-13964-24-dezembro-2019-789639-norma-pl.html>. Acesso em 09 fev. 2023.

3.3 Os sistemas misto, acusatório e inquisitivo e a prisão em caráter preventivo: resquícios inquisitoriais?

Como foi abordado anteriormente, a presunção de inocência está intimamente vinculada às prisões cautelares. Dessa forma, fátuo também a consideração dos sistemas processuais que são observados neste estudo e que remetem aos períodos históricos mais enfáticos vividos sobre os modelos processuais estarem concretamente se sobressaindo sobre o predomínio de um sistema processual sobre o outro³⁵⁰.

Isso é importante para apresentar é que independentemente da posição da teoria e da doutrina que se assume perante um modelo processual penal brasileiro, sendo, em sua maioria, atribuído ao sistema acusatório, há os chamados de “ranços legislativos inquisitórios”, ou os resquícios inquisitoriais, quando se verifica a adoção de critérios centrais da gestão de prova, sendo incontroverso, sobre o grande poder concentrado em mãos do julgador, acerca da tradição processual brasileira ser eficiente ou não³⁵¹.

No que corresponde ao sistema processual, adotando-se perante um fato central da gestão de prova, encontra-se o sistema inquisitivo aquele concentrado o poder nas mãos do julgador, possuindo uma tradição processual brasileira perante uma possível eficiência. O juiz, no direito processual penal brasileiro, não produz provas e intervém nas provas que são trazidas pelas partes, como se verifica dentro do enunciado do artigo 156, inciso I e II, pela Lei nº 11.690/08, do artigo 209, *caput* e parágrafo primeiro, e por fim, o artigo 234, todos do Código de Processo Penal.

Assim, compreende-se que a descoberta da verdade real é tida perante uma atribuição do órgão jurisdicional, o que também se faz sentido na força atuante do magistrado, possuindo a previsão legal da competência perante fixação de medidas cautelares reais, conforme o artigo 127, e probatória, no artigo 242, todos do Código Processual Penal. Assim, várias são as previsões legais da grande iniciativa judicial que existe. O que será abordado aqui são os possíveis espaçamentos entre o sistema acusatório e uma possível utilização ainda do sistema inquisitorial na sistemática brasileira.

Apresenta-se que o sistema inquisitorial como foi abordado no primeiro capítulo, é que este modelo de sistema processual penal histórico está ligado às formas de relação à prova,

³⁵⁰ CORDEIRO, Nefi; LINHARES, Antonio Carlos Alves. *Prisões cautelares e presunção de culpa: notas históricas sobre esta dialética no Direito Processual Penal brasileiro*. Brasília: Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, vol. 3, n. 1, jan./jun. 2017, p. 7.

³⁵¹ Idem.

de forma que se impera o sistema legal de valoração de prova, semelhante a uma tarifa probatória e a sentença que não produz coisa julgada material³⁵².

No século XIII³⁵³ instituído pela Igreja Católica, o Tribunal da Inquisição ou chamado também de Santo Ofício, reprimia as situações que não cabiam no Estado em vigência e as atividades que não correspondiam com as doutrinas da Igreja e que pudesse colocar em dúvida os mandamentos já instituídos pela Bíblia e aplicação dos católicos.

A explicação é que aqueles que fossem recrutados, como os fiéis e áduos em delatar aqueles que estavam planejando ou mesmo enfatizavam manifestações tidas como desordens contrárias às doutrinas católica, estabelecem as comissões mistas, encarregadas de investigar e seguir o procedimento. Lopes Jr.³⁵⁴ afiança que é da própria essência do sistema inquisitório perante a aglutinação de funções atribuídas ao juiz e atribuídas aos próprios poderes instrutórios ao julgador.

De outra banda, o que existe é que não haveria uma estrutura dialética, muito menos contraditório. De forma que esta sistemática não comporta uma imparcialidade, pois a mesma pessoa – o juiz-ator – que quer a busca da verdade real e a busca da prova em si, também é a mesma pessoa que toma suas decisões calçadas pelas provas produzidas por ela mesma.

³⁵² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 26; ADMINISTRATIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. TRIBUNAL DE CONTAS. REVISÃO ADMINISTRATIVA DE ACÓRDÃO, A PEDIDO, ANTE A AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, APÓS ESGOTADOS OS RECURSOS ADMINISTRATIVOS CABÍVEIS. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA ADMINISTRATIVA. 1. Não ampara a jurisprudência cristalizada na Súmula nº 473/STF, nem há previsão legal que possibilite à Administração Pública, findo o julgamento administrativo, rever o que foi por ela decidido, ainda que a pedido, para corrigir suposta ilegalidade, quando esgotados os recursos administrativos cabíveis. 2. Para Bandeira de Mello, a coisa julgada administrativa diz respeito a situações nas quais a Administração haja decidido contenciosamente determinada questão, formalmente assumindo a posição de aplicar o Direito a um tema litigioso, com as implicações de um contraditório (in: Curso de Direito Administrativo. 26. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2009). 3. Segundo Carvalho Filho, a coisa julgada administrativa significa que determinado assunto decidido na via administrativa não poderá mais sofrer alteração nessa mesma via administrativa (in: Manual de Direito Administrativo. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016). 4. No escólio de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (in: Da Função Jurisdicional pelos Tribunais de Contas. Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, abr. 2005), "a inalterabilidade da decisão é decorrência lógica, jurídica e inafastável da jurisdição. [...] Se não transita em julgada, não produz coisa julgada, não é jurisdição e tecnicamente não pode ser considerado um julgamento". 5. Em igual sentido, entende esta Corte que "a decisão que aprecia as contas dos administradores de valores públicos faz coisa julgada administrativa no sentido de exaurir as instâncias administrativas, não sendo mais suscetível de revisão naquele âmbito" (REsp 472.399/AL, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJ 19/12/2002, p. 351). 6. Agravo interno não provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança nº 0007007-68.2015.8.10.0000 MA 2016/0121257-6. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 17 set. 2016. Publicado em 03 out. 2016. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/862891639>. Acesso em 15 fev. 2023).

³⁵³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 26.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 27.

A visão também se vincula ao que existe do sistema acusatório puro quando autores entendem que ser este o utilizado pelo Brasil. Para Nucci³⁵⁵, autores que informam que o acusatório puro incorre em erro, sendo que se distancia claramente da realidade vivida no Poder Judiciário brasileiro.

Não seria vinculado a esta sistemática pura que o Brasil construiu o seu sistema persecutório válido, sendo que aquilo que concede a autenticidade à investigação e ao julgamento, deve-se formar os princípios do processo penal e os constitucionais, associando-se às legislações ordinárias. Assim, não se poderá negar que há um encontro de dois lados da mesma “moeda”, referindo à Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal – inseridos como se fossem antagonistas –, de forma que se legitima o sistema híbrido encontrado hoje no Brasil. Para Nucci, é um sistema realmente complexo, decorrente do perfil inquisitivo do Código³⁵⁶, e que posteriormente, ainda segundo o autor, ao publicar a Constituição de 1988, defensora dos princípios democráticos do sistema acusatório, surge uma sistemática ímpar, diferente de qualquer sistema processual penal existente em outro ordenamento jurídico brasileiro.

Vinculando-se ao discurso do sistema inquisitivo, a efetividade da prestação jurisdicional, as formas de se garantir maior celeridade processual e aquilo que se vê com a necessidade em se criar a sensação de segurança jurídica, insere ao réu como o mero figurante e um processo de absoluta sujeição, sendo este mais um objeto de processo penal do que um sujeito de direito, como é afirmado por Alencar e Távora³⁵⁷.

Com esteio, os autores informam que o escopo vinculado ao sistema inquisitório está disposto a trazer a prevalência de um interesse que se justifica pela busca da sociedade em se ter justiça, sendo que a satisfação de garantias e direitos de um indivíduo ficaria em segundo plano, e o primeiro objetivo se sobressai ao segundo. Nos ditames influenciados por essas teorias que se verifica o texto do Código de Processo Penal, de forma a se conhecer como o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, foi publicado pelo até então presidente Getúlio Vargas³⁵⁸.

³⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 76.

³⁵⁶ Idem.

³⁵⁷ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 54.

³⁵⁸ No período às vésperas da eleição presidencial de 1938, Getúlio Vargas estava ciente que seria impossível permanecer no poder e passou a denunciar a existência de um “plano comunista” para a tomada de poder. A comoção causada veio de um constante receio sobre uma possível revolução comunista, trouxe a decretação de um Estado de Sítio e inferiu-se em um golpe de Estado no dia 10 de novembro de 1937. Chamado de “Estado Novo”, o nome foi inspirado na ditadura do português de Antônio de Oliveira Salazar, e foi prolongada até 1945,

Dentro da sistemática em comparação com o Direito Português, o sistema processual penal brasileiro tem influências diretas, segundo D'Oliveira³⁵⁹, sendo que afirma que a expressão “sistema normativo” tem como referência o conjunto de normas delimitadas que são vinculadas ao Brasil desde a colonização que ocorreu em 1500. Com as demais evoluções e passagens de tempo, perpassando pelas ordenações portuguesas, afonsinas, filipinas e na República, houve o avultar de leis criminais e o imperativo de promulgação de um Código Penal novo. O autor informa que a parte geral do texto do CP é que o Direito Penal foi totalmente reformado no ano de 1984, através da Lei nº 7.209, de 11 de junho³⁶⁰, sendo que essa reformulação que ocorreu foi decorrência de adicionar novos conceitos e uma nova consolidação do sistema de cumprimento de penas, regras de progressão de regimes e penas alternativas, restrição de direitos e prestação de serviços à comunidade. Curiosamente, essa mesma lei³⁶¹ tem a mesma data de publicação reformulou amplamente a Lei de Execução Penal.

O CP português que está em vigor desde 1982 pode sim apresentar condicionantes que tidas como resquícios inquisitoriais, e essas características são heranças atribuídas ao sistema penal implementado durante o período da Inquisição em Portugal, perdurando até o ano de 1821³⁶².

Além dessas características que estão incluídas no Código pode-se verificar a figura do denunciante anônimo, permitindo que uma pessoa elabore uma denúncia sem se identificar e o que poderá levar acusações injustas e a uma violação do próprio princípio da inocência³⁶³.

Embora a Constituição portuguesa possa proibir a utilização de provas que somente sejam obtidas de forma ilícita ou por meios secretos, a prática ainda constaria no Código Penal, e em casos específicos, como crimes contra a segurança do Estado. Já outro resquício inquisitorial é a utilização da confissão como prova, mesmo que se obtenha por tortura ou coação. Mesmo que a tortura tenha sido abolida no Código de Processo Penal de 1929³⁶⁴, o

quando Getúlio foi retirado pelas Forças Armadas (KOIFMAN, Fábio. *Presidentes do Brasil (de Deodoro a FHC)*. Rio de Janeiro: RIO, 2002, p. 25).

³⁵⁹ D'OLIVEIRA, Heron Renato Fernandes. *A história do direito penal brasileiro*. São Paulo: Periódico Científico Projeção, Direito e Sociedade, vol. 5, n. 2, dez. 2014, p. 1. Disponível em <http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/viewFile/410/367>. Acesso em 13 fev. 2023.

³⁶⁰ BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm. Acesso em 15 fev. 2023.

³⁶¹ Idem.

³⁶² FERNANDES, Rui. *Código Penal Português: entre a modernidade e os resquícios inquisitoriais*. Porto: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n. 19, p. 231-247, 2009, p. 233.

³⁶³ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal*, Vol. II. Coimbra: Almedina, Coimbra, 2010; VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 26.

³⁶⁴ PORTUGAL. Código de Processo Penal: actualizado e legislação complementar. In. CORREIA, António Simões Correia. Lisboa: Ferin, 1947.- 644 p.; 24 cm – Aprovado pelo Decreto 16489, de 15 de Fevereiro de 1929.

código atual ainda permite que a confissão sob condições ilegais seja considerada como prova. Isso pode levar a condenações injustas e a uma violação dos direitos humanos.

Além disso, o Código Penal Português prevê a figura do crime de “blasfêmia”, que é uma herança da Inquisição e que viola a liberdade de expressão e de pensamento. Embora a jurisprudência portuguesa tenha limitado a aplicação dessa norma, ela ainda pode ser utilizada em casos específicos, como em processos por difamação contra igrejas ou líderes religiosos.

Apesar dessas heranças, o CP português vem passando por reformas para se adequar aos princípios do Estado de Direito e dos direitos humanos. Em 2007, por exemplo, foi aprovada a Lei nº 48/2007³⁶⁵, que proibiu a utilização da prova obtida por tortura ou coação.

O que se conclui é que o Código de Processo Penal de 1941 traz a mesma condução do sistema inquisitivo, de forma que se elucida³⁶⁶ que o Código de Processo Penal brasileiro teve como inspiração o Código Rocco de 1930, da Itália, e que possuía essa rede fascista em seu interior. Preponderando a ideia no interior do Código que o juiz ocupa uma posição superior às demais partes que compõe a relação processual jurídica, traz essa grande característica de uma possível falta de imparcialidade.

Na ótica de Coutinho³⁶⁷, através da interpretação do Código Rocco há o Código de Napoleão de 1808. Este Código se utilizava de um sistema misto, ou seja, parte acusatório e parte inquisitivo, fazendo com que sua essência estivesse mais para o sistema inquisitorial, não existindo imparcialidade do juiz no julgamento, na recolha de provas e na aferição do valor probatório, sendo que se considerava, à sua época, uma fraude clara à democracia processual³⁶⁸.

Analisa-se e aqui, inclui-se em uma conclusão, que todos os sistemas totalitários, como os sistemas nazistas, fascistas e soviéticos chamavam os sistemas como democráticos, mas que se encobriam de fortes injustiças e barbáries contra a dignidade da pessoa humana em nome falsamente de respeito às boas intenções.

Coutinho³⁶⁹ ainda traz como crítica que o processo que seria regido por *Ordonnance Criminelle* de Luís XIV tinha todas essas características, e quem sabe, foi “o maior monumento inquisitorial laico da história da humanidade”. De forma que ao se adotar no Brasil, o Código

³⁶⁵ PORTUGAL. Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=929&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em 02 abr. 2023.

³⁶⁶ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 55.

³⁶⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório*: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. São Paulo: Revista de Informação Legislativa, vol. 46, n. 183, jul./set. 2009, p. 8.

³⁶⁸ MONTESANO, Giuseppe. *Il progetto rocco di nuovo codice penale*. Roma: Società Tipografica, 1929.

³⁶⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório*: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. São Paulo: Revista de Informação Legislativa, vol. 46, n. 183, jul./set. 2009, p. 8.

Italiano de 1930 em influência, durante a época da ditadura militar e dos jogos do poder de império, foi oportuno que em 1871 fosse substituída a denominação do juizado de instrução para o inquérito policial, sendo que atualmente, não modificou nada dentro do caráter inquisitivo de colhimento de provas no Código de Processo Penal atual e é um sistema misto. Com base no sistema inquisitorial e a ele se agregando, os elementos típicos da estrutura do acusatória se apresentam de forma latente.

Importante o que Prado³⁷⁰ considerou é que este período não poderia ser tido como um período de evolução do Direito, pois advém o Código de uma era de autoritarismo e que se eiva de um sistema inquisitório, e sim, acusatório. Afirmar-se, em uma vertente da filosofia do Direito a qual se insere o instrumento de abordagem da segurança política e segurança pública vinculada ao Estado³⁷¹, não há as devidas previsões que atualmente seria possível se entrelaças com os direitos e garantias presentes no texto da Constituição Federal de 1988.

Diante da análise, o sistema que se adota perante o Código de Processo Penal de 1941, atribui-se ao juiz essa gestão da prova e a possibilidade de produção de prova, sem que exista a necessidade de provocação das partes. Távora e Alencar³⁷² informam que ao se conferir os poderes que dão início à ação penal, através dos procedimentos que se denominam de “judicialiforme”, controla-se a função investigatória através do arquivamento do inquérito policial, além da modificação não somente da capitulação, chamado de *emendatio libelli*³⁷³, mas também no na iniciativa para um novo e melhor enquadramento jurídico do fato, causando provocação ao órgão acusatório e a adição da inicial (*mutatio libelli*).

Já a Constituição Federal de 1988 se inspira no Direito Grego, o seu modelo é essencialmente do sistema acusatório, tem como promotor da ação penal o MP, o qual possui esta atividade como a privativa das suas ações. Como já abordado, há um posicionamento da doutrina, e que se parte deste escritor, em se vincular ao entendimento de que embora o modelo

³⁷⁰ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 223.

³⁷¹ Neste sentido também Coutinho elucida que se circunda a uma problemática sobre o fim do sistema que abandona o princípio da unidade, e ele, como é fundamental, apresentando cores diferentes em dois sistemas conhecidos: o princípio da unificação seria curioso. Se o sistema for inquisitório; se o sistema for acusatório, será decisivo. Como uma ideia única, o autor informa não ser dividido, portanto, não se pode ter um princípio misto, portanto, um sistema misto.

³⁷² ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 55.

³⁷³ Segundo Lopes Jr., apresentando-se em conformidade com o conceito de que a *emendatio libelli* não é um instituto que se ocupa em trazer fatos novos que advém da instrução e sim, de fatos que integram a acusação e que devem ser objeto da modificação na definição jurídica (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 476).

brasileiro seja acusatório, por existirem resquícios inquisitoriais, atribui-se a uma modelagem de um sistema misto.

Aqui, vincula-se ao questionamento que, ao revisar a bibliografia que foi pesquisada, é a dificuldade de verificar se esses resquícios inquisitoriais, onde o juiz tem papel maior do que aquele que está no acusatório, ele pode ou não trazer decisões que versem sobre a prisão preventiva quando a iniciativa probatória parte e é analisada por ele mesmo.

4 PRISÃO PREVENTIVA COMO PERSPECTIVA DE ANTECIPAÇÃO DE PENA

A prisão preventiva como perspectiva de antecipação de pena é um tema de extrema relevância no âmbito do sistema de justiça criminal e aqui nesta pesquisa busca-se trazer uma visão da prisão em caráter preventivo ser uma possibilidade de antecipação de pena e as formas de argumentação para manutenção da prisão preventiva em razão da ordem pública que se torna inócua e até mesmo obsoleta face as dificuldades de se dimensionar o que seria a garantia de ordem pública, como já foi apresentado no estudo³⁷⁴. Ao tentar garantir a efetividade do processo e a proteção da sociedade, pode apresentar desafios no que diz respeito à preservação dos direitos fundamentais do acusado. Como bem traz Beccaria, a prisão preventiva deve ser utilizada “dentro dos limites rigorosos da necessidade do processo”³⁷⁵.

A afirmação de que a prisão preventiva funciona como antecipação de pena é debatida entre estudiosos e pode ser considerado verdadeiro em determinadas circunstâncias. Embora a prisão preventiva seja formalmente uma medida cautelar, sua aplicação prolongada pode levar a uma privação de liberdade que se assemelha a uma antecipação da pena.

A prisão preventiva é decretada antes do julgamento e visa garantir a efetividade do processo penal, a ordem pública e a aplicação da lei. No entanto, quando essa medida é aplicada por períodos prolongados, em alguns casos, ela acaba funcionando como uma antecipação da pena, pois o acusado fica privado de sua liberdade antes mesmo de ser considerado culpado por meio de um julgamento justo.

Essa situação pode ocorrer devido a demoras no andamento do processo, sobrecarga do sistema de justiça, falta de recursos adequados para investigação ou outros fatores que prolongam a prisão preventiva. Como resultado, a pessoa acusada pode ficar detida em período considerável, mesmo antes de ter sido comprovada sua culpabilidade.

³⁷⁴ Cf. TOURINHO FILHO, Fernando. *Considerações sobre a prisão preventiva*. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público, vol. 19, 2004, p. 135-147. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2791465/Fernando_Tourinho_Filho.pdf. Acesso em 25 mai. 2023; MAYER, Julio. *Derecho processual penal argentino*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 277; CAFFERATA, José N. *La excarcelación*. Córdoba: Ed. Lerner, 1977, p. 24.

³⁷⁵ Beccaria tem a utilização de diversas menções nas obras acadêmicas quando se menciona a prisão preventiva. Essa obra, escrita originalmente em italiano, foi publicada em 1764 e é considerada uma das obras fundadoras do pensamento criminológico moderno. Nela, Beccaria critica o sistema penal da época, defendendo a humanização das penas e a importância da proporcionalidade entre crime e castigo. Seu trabalho influenciou significativamente o desenvolvimento dos sistemas penais e a concepção dos direitos humanos ao longo dos séculos subsequentes (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.*, apud BELEZA, Tereza Pizarro. *Apontamentos de Direito Processual Penal*. Lisboa: AAFDL, 1993, p. 118).

Esse cenário levanta preocupações em relação ao princípio da presunção de inocência, um princípio fundamental do direito penal que estabelece que um indivíduo é considerado inocente até que se prove sua culpa de forma conclusiva. A prisão preventiva prolongada pode, portanto, ser vista como uma violação desse princípio, pois antecipa a privação da liberdade e a punição antes da comprovação da culpa.

É importante destacar que a antecipação da pena por meio da prisão preventiva vai contra os princípios fundamentais de justiça e dos direitos humanos. É fundamental que o sistema de justiça assegure a aplicação criteriosa e proporcional da prisão em caráter preventivo, respeitando os direitos fundamentais dos acusados e garantindo um processo penal justo e equitativo.

Este capítulo se propõe a examinar a prisão preventiva como uma medida cautelar que visa assegurar a ordem pública – utilizada como argumento e já problematizada ao longo do estudo –, a aplicação da lei penal e a conveniência da instrução. Serão analisados os fundamentos jurídicos que embasam a sua aplicação, bem como os critérios que devem ser observados para sua decretação, buscando compreender sua finalidade e limites.

Particularmente, serão exploradas as questões relativas à proteção dos direitos fundamentais do acusado durante a prisão preventiva, considerando-se os princípios constitucionais que norteiam o sistema penal, como o princípio da presunção de inocência e o direito à ampla defesa. Será dada ênfase aos desafios de conciliar a necessidade de garantir a segurança da sociedade com a salvaguarda dos direitos individuais.

Além disso, será realizado um comparativo entre Brasil e Portugal, buscando identificar as principais diferenças e semelhanças na aplicação da prisão preventiva, bem como os dados estatísticos disponíveis em relação ao uso dessa medida em ambos os países. Esse contraponto permitirá uma análise mais abrangente dos desafios enfrentados e das possíveis soluções adotadas em cada sistema jurídico.

Ao fim deste capítulo, espera-se fornecer ao leitor uma compreensão mais aprofundada sobre a prisão preventiva como perspectiva de antecipação de pena, destacando a importância de se buscar um equilíbrio entre a proteção da sociedade e a garantia dos direitos fundamentais do acusado, por meio de uma justiça criminal justa e eficiente.

4.1 Proteção do acusado: direitos fundamentais e garantias processuais

A proteção do acusado com relação aos seus direitos fundamentais e garantias processuais é um pilar essencial do sistema de justiça criminal³⁷⁶. Neste subitem, será explorada a importância de preservar a dignidade da pessoa humana durante o processo penal, bem como os princípios fundamentais que garantem um julgamento justo e equitativo.

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental consagrado em diversas constituições ao redor do mundo³⁷⁷. É um princípio fundamental que permeia diversos sistemas jurídicos e constitui um pilar central dos direitos humanos. Essa ideia reconhece o valor intrínseco e a igualdade de todos os indivíduos, independentemente de sua origem, raça, gênero, condição social, orientação sexual, religião etc.

A dignidade da pessoa humana incorre no reconhecimento e respeito à singularidade e autonomia de cada indivíduo. Afirma que todas as pessoas têm direito a serem tratadas com consideração, igualdade, liberdade e justiça. Concomitantemente, impõe aos Estados e à

³⁷⁶ Os direitos e garantias processuais em relação aos direitos fundamentais é amplamente abordada na doutrina brasileira. Por exemplo a obra de Barbosa que traz a discussão sobre a importância do *habeas corpus* como uma garantia fundamental para proteger o indivíduo contra prisões ilegais ou arbitrárias (BARBOSA, Rui. *Habeas corpus*. Salvador: Typ. Do Diário da Bahia, 1892, p. 76). Remete-se ao que Platão traz em sua coletânea que, embora se tratasse de uma obra filosófica, o diálogo de Platão ao relatar e retratar o julgamento de Sócrates levanta questões sobre justiça, presunção de inocência e direito à defesa, temas essenciais para a proteção do acusado (PLATÃO. *The trial and death of Socrates*. Estados Unidos: Indoeuropeanpublishing.com, 2009). Refere-se também ao “The Trial” de Kafka que, em um romance clássico, aborda a opressão e a falta de transparência do sistema jurídico através da história de um homem que é preso e julgado sem saber por que está sendo acusado. A obra reflete sobre os desafios enfrentados pelos acusados e a importância da justiça e da proteção dos direitos individuais (KAFKA, Franz. *The trial*. Estados Unidos: Schocken Books Inc., 1995). Já na obra de Paine, embora não seja exclusivamente sobre direito processual, essa obra de Paine defende os direitos fundamentais do indivíduo, incluindo o direito a um julgamento justo e à presunção de inocência. Ela influenciou o desenvolvimento dos direitos humanos e a proteção do acusado em sistemas jurídicos modernos (PAINE, Thomas. *Rights of Man*. Estados Unidos: Binker North, 1791).

³⁷⁷ Um exemplo é a Constituição Federal da Alemanha, também conhecida como Lei Fundamental, no seu preâmbulo já aborda o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental da ordem política e social da República Federal da Alemanha (ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Tradutor Assis Mendonça, Aachen. Revisor Jurídico Urbano Carvelli, Bomn, 2022. Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 25 mai. 2023). E outro exemplo é a Constituição da África do Sul, adotada em 1996, estabelece como preâmbulo que o povo sul-africano se compromete a honrar aqueles que sofreram pela justiça e pela liberdade em seu país para respeitar a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais de todos (ÁFRICA DO SUL. *África do Sul: história, Estado e Sociedade*. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 2010. Disponível em https://funag.gov.br/loja/download/709-africa_do_Sul_-_Historia_Estado_e_Sociedade.pdf. Acesso em 25 mai. 2023). Como bem explica Sarlet também: “Verifica-se, assim, que, juntamente com a Constituição de Weimar (1919), a Constituição Portuguesa de 1933 e a Constituição da Irlanda (1937), a Constituição Brasileira de 1934 se situa entre as poucas que fizeram expressa referência à dignidade (da pessoa) humana antes da viragem provocada pela Segunda Guerra Mundial, quando, como reação às graves e inolvidáveis atrocidades cometidas especialmente pelos regimes totalitários, tanto a Declaração dos Direitos Humanos da ONU (1948) quanto uma série de constituições nacionais, com destaque para a Lei Fundamental da Alemanha (1949), passaram a proclamar e garantir a dignidade da pessoa humana, incluindo a Constituição Federal Brasileira de 1988, que justamente constitui o objeto da presente análise” (SARLET, Ingo Wolfgang (et al.). *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 284).

sociedade o dever de proteger e promover os direitos humanos de todos os indivíduos, através da garantia de situações apropriadas para o desenvolvimento integral de cada um.

No contexto jurídico, a criação e aplicação das leis é baseada na dignidade da pessoa humana, e esta serve bem como para a interpretação dos direitos e garantias fundamentais. Ela orienta os princípios de não discriminação, privacidade, integridade física e psicológica, liberdade de expressão, liberdade religiosa, direito à saúde, educação, trabalho digno, entre outros.

A dignidade da pessoa humana também está estreitamente ligada ao princípio da igualdade, pois reafirma que todas as pessoas são merecedoras de respeito e consideração igual perante a lei. Passa a exigir que a sociedade combata e elimine todas as formas de discriminação e injustiça, assegurando que todos os indivíduos tenham oportunidades e condições adequadas para alcançar seu pleno potencial.

Além disso, a dignidade da pessoa humana transcende o âmbito jurídico e é um princípio ético e moral que orienta as relações humanas. Ela nos lembra da importância de valorizar a vida e o bem-estar de cada pessoa, promovendo a solidariedade, a empatia e o respeito mútuo.

Em suma, a dignidade da pessoa humana é um princípio essencial que reafirma a importância e o valor inerentes a cada indivíduo. Vista como um guia para o desenvolvimento de sociedades justas e inclusivas, onde todos possam desfrutar de seus direitos fundamentais e viver com dignidade. Sua aplicação requer um compromisso constante de proteger e promover os direitos humanos, combatendo todas as formas de discriminação e injustiça.

Já no contexto do sistema de justiça criminal, a dignidade visa assegurar que o acusado seja tratado de forma respeitosa, com seus direitos e sua integridade preservados em todo o processo.

Um dos pilares centrais da proteção do acusado é o princípio da presunção de inocência. Esse princípio estabelece que todo indivíduo é considerado inocente até que sua culpa seja comprovada além de qualquer dúvida razoável. Será abordada a importância desse princípio na salvaguarda dos direitos do acusado e na prevenção de condenações injustas.

Como breve introdução ao tema que será abordado mais a frente, a presunção de inocência é um princípio fundamental do Direito Penal que estabelece que todo indivíduo é considerado inocente até que se prove sua culpa de forma conclusiva por meio de um julgamento justo e imparcial. Esse princípio, chamado também de princípio da não culpabilidade, garante que ninguém seja tratado como criminoso antes de uma decisão judicial final.

Também é um direito humano consagrado em diversos instrumentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Ela é reconhecida como uma salvaguarda crucial para proteger os indivíduos contra acusações injustas, abusos e violações dos direitos fundamentais. Impõe obrigações aos órgãos de justiça e aos sistemas legais, incluindo a necessidade de se respeitar as garantias processuais, como o direito à ampla defesa, ao contraditório, à presença de um julgamento justo, à igualdade perante a lei, à produção de provas e à imparcialidade do juiz.

Por fim, a presunção de inocência implica que o ônus da prova recai sobre a acusação, que deve demonstrar a culpabilidade do indivíduo de maneira convincente e além de qualquer dúvida razoável. É preciso respeitar a premissa de que o acusado é inocente até que essa prova seja apresentada de forma cabal. Importante mencionar também que não impede que medidas cautelares sejam estabelecidas, como por exemplo, a prisão em caráter preventivo, desde que sejam aplicadas de forma excepcional, proporcional e respeitando os direitos fundamentais do acusado. Ela busca assegurar que ninguém seja tratado como culpado antes do devido processo legal e do pronunciamento judicial final.

Em suma, a presunção de inocência é um princípio basilar do Direito Penal que protege os direitos fundamentais dos indivíduos, ligada intimamente com a prisão preventiva, tem como intuito garantir que ninguém seja considerado culpado até que sua culpa seja comprovada de forma justa e conclusiva. Essa premissa é essencial para a construção de uma justiça justa, equitativa e respeitosa dos direitos humanos.

Além disso, será discutida a necessidade de garantir o acesso à justiça e os direitos de contraditório e ampla defesa. O acusado deve ter a oportunidade de se defender de maneira efetiva, por meio de um processo transparente e imparcial.

O acesso à justiça é um princípio fundamental do sistema jurídico que assegura que todas as pessoas tenham o direito de buscar a proteção e a defesa de seus direitos perante os tribunais e órgãos competentes. Esse princípio é essencial para garantir a igualdade, a justiça e adesão aos direitos fundamentais de todos os indivíduos.

O acesso à justiça envolve não apenas o direito de entrar com uma ação judicial, mas também o direito de participar ativamente do processo e ter voz nas decisões que afetam seus interesses. Nesse sentido, os direitos de contraditório e ampla defesa desempenham um papel crucial.

O direito de contraditório assegura que todas as partes envolvidas no processo tenham a oportunidade de apresentar suas alegações, contestar as alegações da parte adversa e responder

aos argumentos apresentados. Esse direito garante a igualdade de tratamento, a paridade de armas e a possibilidade de apresentar provas e argumentos que influenciem na decisão.

O direito à ampla defesa é a garantia que as versões dos fatos serão apresentadas por todas as partes envolvidas, incluindo apresentar provas, testemunhas e argumentos jurídicos em sua defesa. Esse direito permite que os indivíduos sejam ouvidos e possam exercer plenamente seus direitos e interesses perante os órgãos judiciais.

Ambos os direitos são essenciais para garantir um processo justo e equitativo. Eles permitem que as partes tenham a chance de se manifestar, contestar as acusações, dar sua versão e influenciar a decisão judicial. Além disso, eles contribuem para equilibrar o poder entre as partes, evitando a arbitrariedade e garantindo que todos sejam ouvidos e tenham igualdade de oportunidades para apresentar sua defesa.

Em resumo, o acesso à justiça, juntamente com os direitos de contraditório e ampla defesa, são fundamentais para garantir a igualdade, a justiça e o respeito aos direitos fundamentais no sistema jurídico. Permitem que os indivíduos tenham voz e participação efetiva no processo, assegurando um ambiente propício para a busca de soluções justas e equitativas para os conflitos.

Por fim, serão exploradas as garantias processuais, como o direito à prova e ao seu confronto e o direito a ter um advogado.

Por meio deste capítulo, busca-se destacar a importância da proteção do acusado e seus direitos fundamentais no contexto do sistema de justiça criminal. O respeito à dignidade da pessoa humana, o princípio da presunção de inocência, o acesso à justiça e os direitos de contraditório e ampla defesa são fundamentais para garantir a equidade e a justiça no processo. Ao compreender e fortalecer essas garantias, é possível promover um sistema de justiça mais justo e responsável, que respeite os direitos dos envolvidos no processo criminal.

Assim, este subitem abordará dentre as diversas proteções materiais e processuais presentes no ordenamento jurídico brasileiro, selecionou-se, para fins de pesquisa, quatro desses direitos fundamentais e garantias processuais. O primeiro em destaque é a dignidade da pessoa humana, seguido do princípio da presunção de inocência, do acesso à justiça e do contraditório e ampla defesa.

4.1.1 Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana pode ser considerada como um superprincípio³⁷⁸.

A dignidade da pessoa humana é um tema central nos direitos humanos e trata-se de um princípio fundamental³⁷⁹. Reconhecido internacionalmente e consagrado em diversas constituições ao redor do mundo, como já informado. Esse princípio reafirma o valor intrínseco e inalienável de cada indivíduo, não importando sua raça, origem, gênero, religião ou qualquer outra característica pessoal. Como explica Mendes e Branco, o desenvolvimento do direito constitucional é decorrente da afirmação dos direitos fundamentais como base para a proteção da dignidade da pessoa, tendo a Constituição como respaldo e depositário das normas positivas. A Constituição é tida como norma suprema do ordenamento jurídico, é nela onde devem estar resguardados os principais valores humanos, protegidos do acaso de situações momentâneas contrárias ao devido respeito devido ao indivíduo. O Preâmbulo da Constituição nos leva a compreender a importância da proclamação dos direitos fundamentais. No texto, é explícito que Assembleia Constituinte guiou seus trabalhos sempre com o objetivo de instituir um Estado Democrático. Estado tal que visa garantir os direitos individuais e coletivos, a segurança, e a liberdade, sendo a pedra jurídico-ético-político da própria Constituição³⁸⁰.

A dignidade da pessoa humana está intimamente ligada à ideia de respeito à integralidade do ser humano, abrangendo sua autonomia, liberdade, igualdade e bem-estar físico e psicológico. É um princípio que impõe obrigações aos Estados e a todas as instituições, incluindo o sistema de justiça, de proteger e promover os direitos e a dignidade de todas as pessoas.

³⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang (et al.). *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 284; Conforme explica Piovesan, é fato que a presente abertura presente nas Constituições, com valores e princípios, constitui como fenômeno que é densificado cada vez mais e de forma mais robusta após a Segunda Guerra Mundial. A dignidade da pessoa humana, segundo a autora, sustenta-se em direitos e regras do Estado Democrático de Direito e leva a sério seus princípios e aplicações para proteção do ser humano. Além disso, informa que o princípio da dignidade da pessoa humana é sustentado dentro do próprio sentido e consagrado como “superprincípio”, a orientar tanto o Direito Internacional como o Direito interno (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 117). Tavares coloca em discussão se é um princípio absoluto e informa que muitos doutrinadores convergem nos pensamentos considerando que o princípio da dignidade humana seria ou não um princípio absoluto do direito, fazendo com que todos os outros devam a ele obediência irrestrita (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 448). Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

³⁷⁹ Como menciona Padilha: “Os direitos fundamentais são os direitos considerados indispensáveis à manutenção da dignidade da pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual” (PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 338).

³⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 130.

Neste sentido, Agra informa que o conceito de dignidade da pessoa humana nem sempre existiu. Ele foi sendo formado gradativamente ao longo do tempo, através dos desdobramentos históricos, e se moldando em ser um dos princípios fundamentais para a humanidade. O termo vem do latim *dignitas*, aquilo que deve ser respeitado. Na Antiguidade, era o mérito que conduzia o conceito de dignidade, podendo ser medido pelas posses, títulos, capacidade intelectual etc. Na Grécia Antiga, os filósofos davam o pensamento lógico como o ponto de diferenciação entre animais e homens. O uso de uma linguagem própria (*locus*), representava a razão, gerando então a necessidade de respeito à humanidade homens devido à sua capacidade³⁸¹.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 1948, pela Assembleia Geral da ONU, estabelece que todos ser humano nasce igual e livre, com igualdade de direitos e dignidade, conforme o seu primeiro artigo³⁸². Esse reconhecimento universal é a base para a construção de uma sociedade justa e respeitosa dos direitos fundamentais de cada indivíduo.

No âmbito do sistema de justiça, a dignidade da pessoa humana desempenha um papel crucial na garantia de um julgamento justo e equitativo. O princípio da presunção de inocência, por exemplo, assegura que o acusado seja tratado como inocente até que sua culpa seja comprovada além de qualquer dúvida razoável. Essa presunção protege a dignidade do acusado, evitando condenações precipitadas e injustas.

Importante a menção de Sarmiento acerca da dignidade da pessoa humana e a justiça. O autor considera um avanço em termos de civilização a importância atribuída à dignidade da pessoa humana. É um princípio extremamente humanista, que busca valorizar o indivíduo e garantir seus direitos básicos, atuando contra as opressões e injustiças. É lógico que este princípio passasse a ser incorporado de forma tão marcante nos ordenamentos jurídicos atuais. Contudo, o avanço dos textos e sua devida importância não são suficientes para a garantia eficiente da dignidade e equidade de direitos. A prática mostra o abismo existente entre os textos e a realidade de grande parte da população mais carente. A fome e as doenças simples continuam a ceifar diversas vidas, vê-se tortura e condições inumanas de encarceramento; a religião, a raça, o gênero, a nacionalidade e demais fatores continuam sendo fontes para violência e discriminação. Para o autor, em resumo, os discursos embelezados das constituintes

³⁸¹ AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 155.

³⁸² FRANÇA. Declaração Universal de Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em 25 mai. 2023.

e tratados internacionais ainda não se refletem na vida cotidiana de muitas pessoas, tanto no Brasil, como em todo o mundo.³⁸³.

A dignidade da pessoa humana está diretamente relacionada ao seu direito à defesa³⁸⁴. Para assegurar que os direitos do acusado sejam respeitados, ele deve ser ouvido, deve ser capaz de apresentar suas provas e sua versão dos fatos e de se valer das garantias processuais. O acesso a um advogado qualificado, por exemplo, é fundamental para garantir uma defesa efetiva e para salvaguardar a dignidade do acusado durante o processo penal³⁸⁵.

Nesse contexto, é importante destacar a relevância das normas internacionais de direitos humanos na proteção da dignidade da pessoa humana. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos, por exemplo, estabelece que toda pessoa tem direito ao seu domicílio e à sua correspondência, sua vida familiar e privada deve ser respeitada, conforme o artigo 8º³⁸⁶. Essa proteção visa preservar a dignidade e a intimidade das pessoas, impedindo abusos por parte do Estado ou de outras instituições.

No ordenamento jurídico português, a dignidade da pessoa humana também é amplamente reconhecida e protegida em diversos textos legislativos. Dentre os diversos textos que abordam a dignidade, alguns exemplos de dispositivos constitucionais e leis portuguesas que abordam a dignidade da pessoa humana. Na própria Constituição da República Portuguesa³⁸⁷, no artigo 1º informa que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. E mais adiante, no artigo 13º: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”.

No Código Civil Português³⁸⁸ traz em seu artigo 70º que a lei protege as pessoas contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça à sua personalidade física ou moral. Mais adiante, o Código Penal Português³⁸⁹, menciona logo no início do Código, que a: “[...] tendência cada vez mais universalizante para a afirmação dos direitos do homem como princípio basilar das sociedades

³⁸³ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. São Paulo: Editora Fórum, 2016, p. 15.

³⁸⁴ MCCRUDDEN, Christopher. *In pursuit of human dignity: an introduction to current debates*. In: MCCRUDDEN, Christopher (ed.). *Understanding human dignity*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1.

³⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. São Paulo: Fórum, 2012.

³⁸⁶ COUNCIL OF EUROPE. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 25 mai. 2023.

³⁸⁷ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa – VII Revisão Constitucional [2005]*. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 25 mai. 2023.

³⁸⁸ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47344. *Diário do Governo* n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>. Acesso em 25 mai. 2023.

³⁸⁹ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 48/95. *Diário da República* n.º 63/1995, Série I-A de 1995-03-15. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>. Acesso em 25 mai. 2023.

modernas, bem como o reforço da dimensão ética do Estado, imprimem à justiça o estatuto de primeiro garante da consolidação dos valores fundamentais reconhecidos pela comunidade, com especial destaque para a dignidade da pessoa humana.”³⁹⁰

A consideração sobre a Lei de Proteção de Dados Pessoais, de 2019, elucida no artigo 1º: “O presente diploma estabelece o regime de proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, transpondo para a ordem jurídica nacional o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, e procede à alteração da Lei nº 67/98, de 26 de outubro, que transpõe a Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, e altera a Lei nº 41/2004, de 18 de agosto.”³⁹¹

Esses são apenas alguns exemplos de textos legislativos portugueses que reconhecem e protegem a dignidade da pessoa humana. Através desses dispositivos, busca-se garantir a igualdade, a inviolabilidade e o respeito à dignidade dos indivíduos, assegurando que sejam tratados com dignidade e respeito em qualquer situação.

No ordenamento jurídico português, reconhece-se e protege-se totalmente a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental. Como visto, a Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 1º, estabeleceu que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana. Através desse princípio, busca-se assegurar a proteção garantias e dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Para Canotilho e Moreira, considera-se a dignidade da pessoa humana como núcleo dos direitos fundamentais e dos valores éticos da Constituição³⁹². No mesmo sentido, Miranda e Medeiros a consideram como conceito nuclear do sistema constitucional português, e, além do mais, um dos fundamentos do próprio sistema democrático³⁹³. E ainda para completar, Canotilho em sua obra específica sobre o Direito Constitucional e a Teoria da Constituição, elucida que “a dignidade da pessoa humana ocupa um lugar de importância nuclear na nossa Constituição, sendo um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito”³⁹⁴.

³⁹⁰ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 48/95. Diário da República n.º 63/1995, Série I-A de 1995-03-15. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>. Acesso em 25 mai. 2023. Documento não paginado.

³⁹¹ PORTUGAL. Lei nº 58/2019, de 8 de agosto. Diário da República n.º 151/2019, Série I de 2019-08-08, páginas 3 – 40. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/58-2019-123815982>. Acesso em 25 mai. 2023. Documento não paginado.

³⁹² CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2017, p. 62.

³⁹³ MIRANDA, Jorge Miranda; MEDEIROS, Rui. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2019, p. 39.

³⁹⁴ CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 205.

Essas citações destacam a centralidade da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico português, considerando-a como um princípio fundamental que permeia todo o sistema jurídico, garantindo a proteção e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos. A dignidade humana é o alicerce sobre o qual se constroem as bases para uma sociedade justa, igualitária e respeitadora dos direitos de cada pessoa.

No Brasil, o artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988³⁹⁵ estabelece a dignidade humana como um dos princípios fundamentais do Estado democrático de direito. Seu objetivo é garantir a promoção do bem de todos os indivíduos, sem fazer distinção de condições como sexo, cor, idade, raça, origem ou outras formas de discriminação. Esse compromisso com a dignidade humana é reforçado ao longo da Constituição. Além dos artigos que realmente mencionam a palavra “dignidade”, há outros artigos que intrinsecamente encontram-se vinculados à garantia da dignidade da pessoa humana. Como é o caso do artigo 3º, inciso IV que traz o termo “promover o bem” em seu texto. O artigo 5º, estabelece que todos que todos são iguais perante a lei. Além disso, o artigo 6º no texto que informa sobre os direitos sociais, também se passa a uma referência à dignidade da pessoa humana.

Em suma, o princípio da dignidade da pessoa serve como base para um conjunto considerável de garantias e direitos estabelecidos na Constituição 1988. Dentre esses direitos, destacam-se, por exemplo: (i) o direito à vida e à integridade física e moral: a Constituição protege o direito à vida, proibindo a pena de morte e a tortura, bem como estabelece a proteção à integridade física e moral de cada indivíduo; (ii) a igualdade perante a lei: pela Constituição, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurando a não discriminação e a proteção contra tratamentos injustos ou arbitrários. A igualdade é um princípio fundamental; (iii) as liberdades individuais: a Constituição garante diversas liberdades individuais, como, por exemplo, a de crença religiosa, de expressão, de locomoção, de pensamento, entre outras, respeitando a autonomia e a dignidade de cada pessoa; (iv) os direitos sociais e trabalhistas: a Constituição estabelece também diversos direitos sociais (moradia, saúde, educação, trabalho digno, segurança, entre outros) visando a garantir condições para que todos os cidadãos vivam dignamente; (v) o direito à privacidade e intimidade: a Constituição protege a privacidade e a intimidade das pessoas, estabelecendo limites para o Estado e de terceiros nesses aspectos da vida individual (vi) o acesso à justiça e garantias processuais: a Constituição assegura o acesso à justiça, o direito ao contraditório, à ampla defesa, à presunção

³⁹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 jan. 2023.

de inocência, ao devido processo legal entre outros direitos processuais que garantem a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Esses são apenas alguns exemplos dos direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição que se fundamentam no princípio da dignidade da pessoa humana. O texto, de fato, busca criar um arcabouço jurídico que proteja e promova a dignidade dos indivíduos, estabelecendo uma sociedade mais justa, igualitária e respeitosa.

Em síntese, a dignidade da pessoa humana é um princípio basilar que permeia todo o ordenamento jurídico brasileiro e está presente na Constituição de 1988. Esse princípio reafirma a importância e o valor de cada indivíduo, garantindo seus direitos e promovendo uma sociedade mais justa, igualitária e digna.

Outros textos legislativos também mencionam indiretamente a garantia da dignidade da pessoa humana. É o caso do Código Civil, a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002³⁹⁶. No artigo 1º informa que todo indivíduo é capaz de deveres e direitos. Em seguida, em seu artigo 11, afirma que os direitos não são nem renunciáveis e nem transmissíveis, não podem ser limitados voluntariamente, a não ser nas exceções previstas em lei.

Mais adiante, há a correspondência também no Estatuto da Criança e do Adolescente presente na Lei nº 8.069, de 1990³⁹⁷, no artigo 6º que afirma, na interpretação desta Lei, devem ser considerados o bem comum, os direitos e deveres coletivos e individuais e os fins sociais a que ela se destina.

A Lei de Execução Penal³⁹⁸, em seu artigo 3º também faz menção ao princípio ao estabelecer que o condenado tem garantia de todos os seus direitos não atingidos pela sentença. A Lei Maria da Penha³⁹⁹, conforme o artigo 2º informa que toda mulher, tem os direitos fundamentais da humana garantidos, não importando suas condições de raça, cor, etnia e demais.

Esses são apenas alguns exemplos de textos legislativos brasileiros que reconhecem e resguardam a dignidade da pessoa humana em diferentes contextos e áreas do direito. É importante ressaltar que a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental que permeia todo o ordenamento jurídico brasileiro e deve ser observado e protegido em todas

³⁹⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 25 mai. 2023.

³⁹⁷ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 25 mai. 2023.

³⁹⁸ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em 25 mai. 2023.

³⁹⁹ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 25 mai. 2023.

4.1.2 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, também conhecido como princípio da inocência ou princípio da não culpabilidade, é um dos pilares fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. Ele estabelece que deve ser considerado inocente todo indivíduo acusado de um crime, até que se estabeleça sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, uma decisão final e definitiva após esgotados todos os recursos disponíveis. Assevera Oliveira que o Direito Penal busca evitar condutas violentas, porém, o mesmo se vale de violência para tal. Sendo assim, qualquer tipo de punição (como prisão, pena de morte etc.) são também atos violentos, já que ferem bens jurídicos. O autor ainda afirma que o Direito Penal é um controle normativo prévio. A normalização das ações decorrentes da aplicação do sistema são tentativas de atribuir ao mesmo racionalidade e objetividade. A violência decorrente da aplicação das sentenças e das penas apenas tem sua justificativa na proteção de bens jurídicos fundamentais. Em resumo, é o respeito à dignidade da pessoa que impõe indiretamente os limites para a atuação do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito⁴⁰⁰.

A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, estabelece que não pode haver apontamento de culpa a nenhum indivíduo enquanto a sentença condenatória não for julgada⁴⁰¹. Esse dispositivo reflete a preocupação do legislador em garantir a proteção dos direitos e garantias individuais, preservando a dignidade da pessoa humana e evitando condenações injustas e precipitadas⁴⁰².

A presunção de inocência está rigidamente ligada com os conceitos de equidade e justiça. Parte-se do pressuposto de que é preferível absolver um culpado a condenar um inocente, buscando evitar erros judiciais e abusos por parte do Estado. Dessa forma, o ônus de provar a culpa recai sobre o acusador, que deve apresentar provas robustas e convincentes da responsabilidade penal do indivíduo. Para Lopes Jr⁴⁰³, este princípio, dado que rege o processo penal, deve ser maximizado em todos seus aspectos, principalmente quanto às regras de tratamento do imputado e à carga da prova (*regla del juicio*).

⁴⁰⁰ OLIVEIRA, Alexandre Luiz Alves de. *A dignidade da pessoa humana e o princípio da presunção de inocência penal*. In: PINTO, Felipe Martins (Coord.). *Presunção de Inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau*. 2. tiragem. Minas Gerais: Editora Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2020, p. 9-10.

⁴⁰¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 jan. 2023.

⁴⁰² Segundo Beccaria: “Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz: e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que já seja decidido ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida. Só o direito da força pode, pois, autorizar um juiz a infringir uma pena a um cidadão quando ainda se dúvida se ele é inocente ou culpado” (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015, p. 41).

⁴⁰³ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 220.

Esse princípio possui diversas repercussões práticas no sistema brasileiro. Entre elas, destaca-se a necessidade de se respeitar o direito ao contraditório e à ampla defesa, o que promove a garantia de que o acusado tenha o direito de se manifestar, apresentar provas e contestar as acusações que pesam sobre si. Além disso, a presunção de inocência protege o acusado a ser submetido a tratamentos desumanos ou degradantes durante o processo, assegurando-lhe a dignidade e a integridade física e moral.

No entanto, é importante ressaltar que a presunção de inocência não implica impunidade. A pessoa acusada de um crime pode ser submetida a medidas cautelares, como prisão preventiva, desde que haja fundamentação idônea e respeito aos direitos. A presunção de inocência não isenta o acusado de enfrentar o processo penal, mas garante que ele seja tratado como inocente até que sua culpa seja comprovada de forma irrefutável.

A presunção de inocência tem sido objeto de debates e controvérsias, mesmo se tratando de um princípio fundamental. A interpretação e aplicação desse princípio em casos concretos podem gerar divergências, especialmente em situações em que há grande repercussão midiática ou pressão social. No entanto, é fundamental que o sistema jurídico permaneça comprometido com a preservação desse princípio, assegurando a justiça, a igualdade e a proteção dos direitos individuais⁴⁰⁴.

O princípio da presunção de inocência é um dos alicerces do ordenamento jurídico brasileiro. Ele busca garantir a dignidade da pessoa humana, a fim de que suas garantias e direitos sejam protegidos, e evitando condenações injustas. É um princípio fundamental que demanda uma aplicação equilibrada e cautelosa por parte do sistema de justiça, assegurando a justiça e a equidade no processo penal.

4.1.3 Acesso à justiça

O direito ao acesso à justiça é um princípio fundamental no ordenamento jurídico brasileiro e está ancorado em diversos instrumentos normativos. Esse direito assegura que toda

⁴⁰⁴ Neste sentido: “El principio de presunción de inocencia como parte integrante del derecho a una investigación y procedimiento justo y racional o um debido proceso establece la obligación de conformar el sistema jurídico en el sentido de que es el órgano acusador el que debe acreditar los cargos, impidiendo la inversión de la carga de la prueba o estableciendo la prueba de hechos negativos, em otras palabras, no existe com carga del imputado probar su inocencia o la ausencia de participación en los hechos (...) Así em âmbito procesal, el derecho a la presunción de inocencia significa una presunción iuris tantum, la que exige ser desvirtuada ante los órganos jurisdiccionales a través de la actividad probatoria. Así toda condena deve ir precedida de la actividad probatoria que regula el ordenamiento jurídico, impidiendo siempre la existencia de una condena sin pruebas, aplicándose auxiliariamente el principio in dubio pro reo [...]” (ALCALÁ, HUMBERTO NOGUEIRA. *Consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocencia*. [S.l.]: Revista Itus et Praxis, vol. 11, n. 1, p. 221-241, 2005, p. 227-228).

pessoa tenha a possibilidade efetiva de buscar a tutela jurisdicional do Estado para a defesa de seus interesse e direitos e interesses. Este direito tem como seus pilares os conceitos de igualdade e democracia, além de todo o embasamento decorrente da garantia dos direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 é a principal fonte normativa brasileira que consagra o direito ao acesso à justiça. O artigo 5º, inciso XXXV, trata que o Poder Judiciário tem por obrigação apreciar casos de violação ou ameaça aos direitos. Essa disposição ressalta que nenhuma norma pode impedir o cidadão de buscar a tutela jurisdicional.

Além disso, a Constituição⁴⁰⁵, em seu artigo 133, reconhece a indispensabilidade da advocacia para a administração da justiça. Esse dispositivo reforça a importância do papel dos advogados como agentes essenciais na garantia do acesso à justiça, pois são eles que orientam e representam os indivíduos perante o sistema judicial.

Outra legislação relevante é a Lei nº 13.105/2015⁴⁰⁶, o Código de Processo Civil brasileiro, que busca efetivar o acesso à justiça por meio de mecanismos que simplificam e agilizam o processo judicial, como a facilitação da assistência jurídica gratuita, a promoção de métodos consensuais de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação, e a garantia do contraditório e da ampla defesa.

No âmbito internacional, o Brasil também é signatário de tratados e convenções que reforçam o direito ao acesso à justiça. Cita-se a Convenção Americana de Direitos Humanos⁴⁰⁷, que em seu artigo 8º estabelece garantias judiciais mínimas, assegurando o acesso à justiça e ao devido processo legal.

Além das normas, a doutrina jurídica brasileira também reconhece a importância do acesso à justiça como um direito fundamental. Nesse sentido, Nery Junior e Nery afirmam⁴⁰⁸ que o acesso à justiça é um direito fundamental, indispensável ao estado de direito democrático.

O acesso à justiça não se limita apenas ao acesso físico aos tribunais, mas abrange também a garantia de meios adequados, efetivos e acessíveis. São abrangidos dentro deste

⁴⁰⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 jan. 2023.

⁴⁰⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 25 mai. 2023.

⁴⁰⁷ BRASIL. Convenção Americana de Direitos Humanos. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 25 mai. 2023. Também chamada de Pacto de San José da Costa Rica.

⁴⁰⁸ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 110.

contexto o uso de soluções alternativas, como a mediação e a conciliação, que podem ser mais ágeis, menos onerosos e mais satisfatórios para as partes envolvidas⁴⁰⁹.

No entanto, apesar dos avanços normativos, o acesso à justiça ainda enfrenta desafios no Brasil, como a morosidade do sistema judiciário, a carência de recursos financeiros para custear a defesa e a dificuldade de acesso de grupos marginalizados e economicamente desfavorecidos. É necessário um esforço contínuo para garantir que o acesso seja efetivo e inclusivo para todos os cidadãos.

Em suma, o direito ao acesso à justiça é um princípio fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Sua garantia é essencial para a proteção dos direitos e interesses legítimos dos indivíduos. O Brasil reconhece a importância desse direito com suas normas e tratados, buscando promover a igualdade, a efetividade e a democratização do sistema de justiça.

4.1.4 Contraditório e ampla defesa

O contraditório e a ampla defesa são princípios essenciais no ordenamento jurídico brasileiro, garantindo que todas as partes envolvidas em um processo tenham igualdade de oportunidades para apresentar argumentos, provas e manifestações, assegurando, assim, um processo justo e equilibrado. Esses princípios estão previstos tanto na Constituição de 1988 quanto em legislações específicas, e sua observância é fundamental para a proteção dos direitos e garantias individuais. Padilha⁴¹⁰ afirma que há duas direções nas quais esses princípios devem ser analisados, a primeira seria quanto ao processo legal material ou substancial (*substantive due process*), visando garantir a análise apropriada dos atos administrativos, judiciais e legislativos; em segundo, o processo formal (*procedural due process*) para garantir a regularidade do procedimento, de onde derivam os conceitos de contraditório, demanda, ampla defesa e igualdade entre as partes. Nota o autor ainda que se deve respeitar e manter o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade).

A Constituição, em seu artigo 5º, inciso LV, estabelece que os princípios de ampla defesa e contraditório são assegurados aos acusados⁴¹¹. Essa disposição constitucional demonstra a relevância conferida a esses princípios, reconhecendo que o devido processo legal exige a oportunidade para que as partes apresentem suas alegações e evidências.

⁴⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 31 e ss.

⁴¹⁰ PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 166.

⁴¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 jan. 2023.

O Código de Processo Penal⁴¹² brasileiro, no artigo 261, também destaca a importância do contraditório e da ampla defesa. O texto traz que não se pode proferir sentença condenatória apenas com base em provas colhidas por meios ilícitos. Esse dispositivo ressalta a necessidade de respeitar o direito das partes de se manifestarem e apresentarem seus argumentos de forma plena e igualitária.

No contexto doutrinário brasileiro, diversos autores reconhecem a importância do contraditório e da ampla defesa como garantias fundamentais. Silva⁴¹³ destaca que esses princípios são “elementos essenciais do devido processo legal”. Didier Jr. ressalta que o contraditório e a ampla defesa são “princípios norteadores do processo, indispensáveis para o alcance da justiça”⁴¹⁴.

A jurisprudência brasileira também reforça a importância desses princípios. O STF tem proferido decisões que reafirmam como direitos fundamentais a necessidade do contraditório e da ampla defesa nos processos, seja ele penal, civil ou administrativo⁴¹⁵.

É importante destacar que o contraditório e a ampla defesa englobam não apenas o direito de se manifestar e apresentar argumentos, mas também o de produzir provas, de participar ativamente do processo e de ter acesso às informações relevantes para a defesa. Isso inclui a garantia de uma comunicação efetiva entre as partes, o contraditório diferido em casos de urgência e a oportunidade de impugnar as provas apresentadas.

No entanto, apesar da importância desses princípios, o seu efetivo cumprimento ainda enfrenta desafios no sistema jurídico brasileiro. A falta de recursos financeiros, a morosidade processual e a desigualdade no acesso à justiça podem comprometer a plena realização do contraditório e da ampla defesa para determinados indivíduos.

Em conclusão, o contraditório e a ampla defesa são princípios fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, garantindo a igualdade de oportunidades e a justa participação das partes em um processo. Sua observância é essencial para a proteção dos direitos e garantias individuais, assegurando a efetividade do processo e da justiça.

⁴¹² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 19 dez. 2022.

⁴¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2020, p. 659.

⁴¹⁴ DIDIER JR., Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021, p. 1040.

⁴¹⁵ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 972598 RS. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgado em 4 mai. 2020. Publicado em 06 ago. 2020. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/919854162>. Acesso em 25 mai. 2023.

4.2 O princípio da inocência e as prisões cautelares

O princípio da presunção de inocência é uma garantia fundamental no ordenamento jurídico brasileiro e está intimamente ligado ao tema das prisões cautelares. Esse princípio estabelece que toda pessoa é considerada inocente até que haja uma sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, enquanto não houver uma decisão definitiva que comprove sua culpa. A presunção de inocência visa proteger o indivíduo de acusações infundadas e garantir que ele seja tratado com dignidade e respeito durante o processo penal⁴¹⁶.

Como já visto, O artigo 5º, inciso LVII da Constituição de 1988, que estabelece expressamente que, até que seja julgada a sentença condenatória, não se pode considerar nenhum indivíduo culpado⁴¹⁷. Essa disposição constitucional reflete a importância atribuída ao princípio da inocência como um direito fundamental e um pilar do sistema jurídico brasileiro.

No contexto doutrinário, diversos juristas têm se debruçado sobre a análise do princípio da presunção de inocência e seu impacto nas prisões cautelares. Nucci⁴¹⁸ destaca que a presunção de inocência implica que, antes da sentença condenatória, o acusado não pode ser tratado culpado. Nucci ressalta que as prisões cautelares devem ser excepcionais e devidamente fundamentadas, sendo necessário um juízo de necessidade e proporcionalidade para sua decretação.

Outra referência relevante é a obra de Lopes Jr.⁴¹⁹ que a considera como um dos princípios pilares do processo penal. O autor⁴²⁰ ressalta ainda que a prisão cautelar, por sua natureza antecipatória, deve ser aplicada com extrema cautela e apenas quando estritamente necessária, respeitando a presunção de inocência e os direitos fundamentais do acusado.

No sistema jurídico brasileiro, as prisões cautelares têm caráter excepcional e devem ser fundamentadas em requisitos específicos estabelecidos pelo Código de Processo Penal. Dentre as modalidades de prisão cautelar previstas na legislação brasileira, destacam-se a prisão em caráter preventivo e em caráter temporário.

⁴¹⁶ De acordo com Giacomoli: “O estado de inocência é um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal. Este, quando estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana, afastando-se das bases inquisitoriais, as quais partiam do pressuposto contrário, ou seja, da presunção de culpabilidade da pessoa. A adoção ou não do princípio da presunção de inocência revela a opção constitucional a um modelo de processo penal” (GIACOMOLI, Nereu José. *O devido processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94).

⁴¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 jan. 2023.

⁴¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Forense, 2021.

⁴¹⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

⁴²⁰ Idem.

A prisão em caráter preventivo, regulamentada nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal⁴²¹, tem como finalidade garantir a ordem pública, a aplicação da lei e o bom andamento da instrução criminal. Como elementos necessários para sua aplicação, citam-se as provas existenciais do crime e os indícios suficientes de sua autoria, além da presença de um dos fundamentos legais que justifiquem a medida cautelar.

Já a prisão temporária, pela Lei nº 7.960/1989⁴²², tem caráter mais restrito e é utilizada em situações específicas, como na fase inicial da investigação de crimes graves. A prisão temporária possui prazo determinado e está condicionada à necessidade da medida para a investigação do delito.

É importante ressaltar que, mesmo diante da presunção de inocência, as prisões cautelares podem ser decretadas desde que haja uma fundamentação adequada, atendendo aos requisitos legais e respeitando os princípios da necessidade e da proporcionalidade. O objetivo é evitar a antecipação da pena antes da conclusão do processo e garantir que o acusado possa exercer plenamente sua ampla defesa.

Em conclusão, o princípio da presunção de inocência é um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro e desempenha um papel crucial no contexto das prisões cautelares. A presunção de inocência busca garantir que o acusado seja tratado como inocente até que se prove sua culpa de forma definitiva. As prisões cautelares devem ser aplicadas com cautela, observando-se os requisitos legais e respeitando os direitos fundamentais do acusado. A busca pelo equilíbrio entre a necessidade de tutela da sociedade e a proteção dos direitos do indivíduo é um desafio constante no sistema jurídico brasileiro.

4.3 Prisão preventiva sob a perspectiva de antecipação de pena e indenização no caso de absolvição e exclusão de culpabilidade no processo penal

A prisão em caráter preventivo deve ser tratada como condição excepcional, que pode ser decretada ao longo do processo, anteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Tem como finalidade garantir a efetividade da persecução penal, resguardar a ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou assegurar que a lei seja aplicada. No entanto, é importante destacar que a prisão em caráter preventivo não deve ser confundida com

⁴²¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 19 dez. 2022.

⁴²² BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm. Acesso em 25 mai. 2023.

uma antecipação da pena, dado que a inocência do acusado é garantida pela o princípio da presunção até o momento de sua condenação definitiva.

Essa antecipação da pena antes de uma condenação final pode ser problemática quanto ao respeito aos direitos fundamentais, principalmente em relação ao princípio da presunção de inocência. Esse princípio estabelece que uma pessoa é considerada inocente até que se prove sua culpa de forma conclusiva por meio de um julgamento justo. A prisão preventiva, quando prolongada, pode comprometer a presunção de inocência, resultando em uma restrição à liberdade do acusado antes que sua culpabilidade seja estabelecida.

Caso ocorra a absolvição ou a exclusão da culpabilidade do acusado no processo, em virtude de uma decisão judicial final, surge a questão da compensação pelos danos causados pela prisão preventiva injusta ou prolongada. Em alguns sistemas jurídicos, é possível que o acusado busque uma indenização por danos morais e materiais decorrentes da prisão preventiva indevida.

No Brasil, por exemplo, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) estabelece que o indivíduo preso preventivamente e posteriormente absolvida por decisão transitada em julgado tem o direito de requerer a reparação pelos danos sofridos. O acusado pode entrar com uma ação de indenização por erro judiciário, buscando reparação pelos danos morais e materiais decorrentes da prisão injusta.

No entanto, é importante ressaltar que a indenização por prisão preventiva injusta geralmente exige a comprovação de que houve erro judiciário ou abuso de poder, além da demonstração do nexo causal entre a prisão preventiva indevida e os danos sofridos pelo acusado.

É fundamental que os sistemas jurídicos garantam mecanismos adequados para corrigir injustiças decorrentes de prisões preventivas indevidas e ofereçam indenização possível aos injustamente privados de liberdade. Essas medidas buscam reparar, na medida do possível, os danos sofridos pelos acusados e assegurar a proteção dos direitos fundamentais, incluindo o princípio da presunção de inocência.

Sob a perspectiva de antecipação de pena, alguns críticos⁴²³ argumentam que a prisão em caráter preventivo pode, de fato, funcionar como uma forma de antecipação da pena, já que priva o acusado de sua liberdade antes mesmo do término do processo e de uma condenação definitiva. Essa crítica tem como fundamento a questão de que a prisão em caráter preventivo

⁴²³ Nucci, Lopes Jr., Zaffaroni e Tourinho Filho, autores que são citados ao longo desta dissertação, trazem o tema e expõem suas problemáticas e abordagens acerca do tema, bem como levantam a jurisprudência acerca da discussão no Poder Judiciário.

pode ser decretada tão somente a partir da materialidade do crime e de indícios de sua autoria, sem que haja uma prova cabal da culpa do acusado. Dessa forma, existe o risco de que pessoas inocentes sejam submetidas a um aprisionamento injusto, em violação ao princípio da presunção de inocência.

No entanto, é preciso ressaltar que a prisão em caráter preventivo deve ser fundamentada em requisitos legais estritos, tais como a presença de indícios de autoria e provas da materialidade do crime, além da demonstração da necessidade da medida para que sejam garantidas a instrução criminal, a aplicação da lei ou ordem pública. Além disso, a prisão preventiva possui caráter temporário e deve ser revista periodicamente para verificar se ainda persistem os motivos que a justificaram inicialmente.

No que se refere à indenização no caso de absolvição e exclusão de culpabilidade, o ordenamento jurídico no Brasil prevê mecanismos de reparação para aqueles que sofreram danos decorrentes de uma prisão indevida. O Código de Processo Penal⁴²⁴, artigo 630, estabelece que, no curso do processo, o acusado que tenha sido preso ou submetido à medida de segurança, e posteriormente seja absolvido ou tenha sua culpabilidade excluída, tem seu direito garantido para que sejam reparados os danos sofridos.

Contudo, a obtenção da indenização por prisão indevida não é automática e depende de uma ação específica por parte do prejudicado. É necessário comprovar a ausência de culpa ou a inexistência do fato que deu origem à medida cautelar, bem como o prejuízo sofrido em decorrência da prisão. Além disso, é importante destacar que a indenização não se limita apenas aos danos materiais, mas também pode abranger os danos morais suportados pelo indivíduo.

A jurisprudência brasileira tem reconhecido a importância da reparação pelos danos decorrentes de prisões indevidas, entendendo que a privação da liberdade de forma injusta configura uma violação aos direitos fundamentais do indivíduo.

Em suma, a prisão preventiva, embora seja uma medida cautelar legítima, não deve ser confundida com uma antecipação da pena, devendo respeitar os princípios fundamentais do processo, destacando-se a presunção de inocência. No caso de absolvição ou exclusão da culpabilidade, é possível buscar a reparação pelos danos decorrentes de prisões indevidas, através de ação específica, sendo necessário comprovar a ausência de culpa e o prejuízo sofrido. A busca pela justiça exige a harmonização entre a garantia dos direitos fundamentais e a efetividade penal.

⁴²⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 19 dez. 2022.

4.4 Superlotação Carcerária, Terceiro Setor e a Prisão Preventiva

A superlotação carcerária é um problema crônico enfrentado pelo sistema prisional em diversos países, incluindo o Brasil. Ela ocorre quando a quantidade de detentos nas unidades prisionais excede a capacidade de acomodação, resultando em condições precárias, violações de direitos humanos, falta de acesso a serviços básicos e crescimento da violência nas prisões.

A prisão preventiva também tem uma relação direta com a superlotação carcerária. A utilização excessiva e inadequada da prisão preventiva contribui para termos mais pessoas encarceradas sem condenação definitiva, ampliando a população carcerária e agravando a superlotação. Muitos indivíduos são detidos preventivamente por longos períodos de tempo, mesmo sem a efetiva necessidade da medida cautelar, o que contribui para o congestionamento do sistema prisional.

Diante desse contexto, o envolvimento do Terceiro Setor pode desempenhar um papel importante na busca por soluções para a superlotação carcerária. O Terceiro Setor engloba organizações não governamentais, associações civis e entidades filantrópicas que agem a favor do interesse público e social. Essas organizações podem desenvolver programas e projetos para oferecer alternativas à prisão em caráter preventivo, como medidas cautelares diversas da prisão, acompanhamento social e psicológico, programas de reintegração e ressocialização, entre outros.

Além disso, o Terceiro Setor tem a possibilidade agir em prol das melhorias das condições carcerárias por meio da prestação de serviços de saúde, educação, capacitação profissional, assistência jurídica e apoio socioemocional aos detentos. Essas ações visam não apenas garantir o cumprimento dos direitos fundamentais dos presos, mas também promover a ressocialização e a reinserção na sociedade, contribuindo para a redução da reincidência criminal.

É importante ressaltar que o Terceiro Setor no sistema prisional deve atuar em parceria e cooperação com os órgãos estatais responsáveis pela administração prisional, respeitando os princípios legais e as diretrizes estabelecidas pelas políticas públicas. A integração entre Estado e sociedade civil é fundamental para enfrentar o desafio da superlotação carcerária e buscar alternativas efetivas para a prisão preventiva, com enfoque na dignidade humana, no respeito aos direitos fundamentais e na promoção da justiça social.

A temática sobre superlotação trata-se de um problema complexo que envolve múltiplos fatores, dentre os quais se destaca a aplicação indiscriminada da prisão preventiva.

Nesse contexto, o envolvimento do terceiro setor pode representar uma alternativa para tratar essa questão de forma mais eficiente e humanitária.

A prisão preventiva, como medida cautelar, tem como objetivo garantir a efetividade do processo penal, assegurar que a lei penal seja aplicada e proteger a ordem pública. No entanto, sua aplicação indiscriminada tem contribuído para a superlotação dos presídios, uma vez que muitos indivíduos são mantidos em prisão provisória por períodos prolongados, aguardando o desfecho de seus processos.

A superlotação carcerária traz consigo uma série de problemas e violações aos direitos humanos. As condições precárias de higiene, saúde e segurança nos presídios comprometem a dignidade dos detentos, podendo levar ao surgimento de doenças, aumento da violência e da reincidência criminal. Além disso, a superlotação dificulta a efetiva ressocialização dos apenados, prejudicando o objetivo de reinserção social proposto pela execução penal.

Neste sentido: “Na verdade, nas sociedades modernas, complexas e plurais, o indivíduo reforçou sua legitimidade em detrimento do Estado, tornando-se raiz, projecto e limite. O aparelho estadual deixou de identificá-lo, como até então, pelo lugar que ocupa e pelos papéis que desempenha. Atenuaram-se os laços de reciprocidade que ligavam ao Estado, surgindo, perante este, enquanto tal, pelo simples facto de existir [...]. O Estado não se sente imbuído de uma missão de socialização que, mantendo os indivíduos submetidos a um interesse geral, autorize métodos de coacção individual ou colectiva próprios do controlo social. Deixou também de existir, entre Estado e o indivíduo, qualquer relação que funde um equilíbrio socializante”.⁴²⁵

Sobre a socialização: “Nem sempre foi pacífico o conceito de socialização. Se se quiser traçar um quadro evolutivo, é necessário recordar os anos sessenta e o início dos anos setenta, quando a socialização dominava o pensamento político--criminal. Como se sabe, este pensamento deu o flanco à crítica provinda quer de sectores “progressistas” e “críticos”, quer de sectores “conservadores” e “repressivos”: os primeiros, questionando a sua legitimidade, os segundos, imputando-lhe um rotundo fracasso. Registe-se que a crise do modelo socializador – em que pontificou a emergência, nos anos setenta, dos modelos penais de justiça – é destituída de razão. Basta ver a situação na Europa continental, do sul e central, em que a abertura à socialização nunca teve as manifestações que a fizeram ficar ligada a um criticável modelo médico coactivo de tratamento”.⁴²⁶

⁴²⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Consensualismo e prisão*. Coimbra: Documentação e Direito Comparado, n. 79/80, 1999, p. 356.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 358.

O envolvimento do terceiro setor, incluindo as organizações não governamentais, entidades filantrópicas, voluntários e demais agentes sociais, pode desempenhar um papel fundamental para que se estabeleçam alternativas para a superlotação carcerária. Essas instituições, muitas vezes, possuem conhecimento e expertise na área de direitos humanos, assistência social e ressocialização, o que pode contribuir para a implementação de políticas mais efetivas e humanizadas.

O terceiro setor pode atuar em diferentes frentes para enfrentar a superlotação carcerária. Uma delas é a promoção de projetos e programas de ressocialização e reinserção social dos detentos, oferecendo apoio psicossocial, capacitação profissional, assistência jurídica e acesso à educação dentro dos presídios. Essas ações visam preparar os apenados para a vida após o cumprimento da pena, reduzindo as chances de reincidência.

Outra forma que o terceiro setor pode agir é no acompanhamento e monitoramento das condições de encarceramento, com a finalidade de assegurar o respeito aos direitos humanos dos detentos. Essas entidades podem fiscalizar a higiene, saúde, alimentação e segurança nas unidades prisionais, denunciando eventuais violações e exigindo providências das autoridades competentes.

No Brasil, existem exemplos de iniciativas do terceiro setor que têm obtido resultados positivos na área do sistema prisional. A Pastoral Carcerária, por exemplo, é uma organização vinculada à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) que atua em defesa dos direitos humanos dos detentos, oferecendo assistência religiosa, jurídica e social nas prisões.

Outro exemplo é a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), que desenvolve um modelo de ressocialização baseado na valorização humana e no trabalho a fim de reinserção social. As unidades prisionais da APAC são conhecidas por apresentarem índices reduzidos de reincidência criminal.

Em suma, a superlotação carcerária é um problema complexo que demanda ações efetivas para a sua solução. O envolvimento do terceiro setor pode contribuir significativamente para enfrentar essa realidade, promovendo iniciativas de ressocialização, acompanhamento das condições de encarceramento e defesa dos direitos humanos dos detentos. A busca por alternativas à prisão preventiva e o investimento em políticas de ressocialização são medidas essenciais para combater a superlotação carcerária e promover um sistema penal mais justo, humano e eficiente.

4.5 Dados sobre a superlotação carcerária no Brasil e em Portugal

4.5.1 Brasil

A superlotação carcerária no Brasil é uma realidade preocupante em seu sistema prisional. O país enfrenta uma crise no sistema penitenciário, com número de vagas inadequado para atender toda a população carcerária, resultando em condições precárias de encarceramento e violação de direitos humanos. Seguem alguns dados sobre a superlotação carcerária no Brasil:

1. Taxa de ocupação: Em 2020, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), a taxa de ocupação das unidades prisionais brasileiras é de aproximadamente 174%. Isso significa que o sistema prisional está operando com uma capacidade excedida, com mais detentos do que o número de vagas disponíveis.
2. População carcerária: O Brasil possui uma das maiores populações carcerárias do mundo. Segundo o INFOPEN de 2020, o país registrou cerca de 773 mil presos⁴²⁷. Essa quantidade representa um aumento significativo quando comparado aos anos anteriores.
3. Defasagem de vagas: O déficit de vagas no sistema penitenciário é uma das principais causas da superlotação. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2020, havia um *déficit* de aproximadamente 354 mil vagas no sistema prisional brasileiro⁴²⁸.
4. Perfil dos detentos: A superlotação afeta de forma desproporcional determinados grupos populacionais, como os jovens, negros e pessoas em situação de vulnerabilidade social. A ausência de vagas adequadas acaba gerando uma maior concentração desses grupos nas unidades prisionais.
5. Condições precárias: A superlotação carcerária resulta em condições precárias de encarceramento, como celas superlotadas, falta de higiene, insuficiência de alimentação adequada, falta de acesso a serviços de saúde, entre outros problemas. Essas condições violam os direitos humanos dos detentos e contribuem para a deterioração da sua dignidade.
6. Impactos na segurança e na ressocialização: A superlotação carcerária também tem impactos negativos na segurança dentro das prisões e na ressocialização dos detentos.

⁴²⁷ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). *Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo*. São Paulo: Conectas Direitos Humanos. Publicado em 18 fev. 2020. Disponível em <https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>. Acesso em 05 set. 2023.

⁴²⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Cidadania nos Presídios*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cidadania-nos-presidios/>. Acesso em 05 set. 2023.

Espaços inadequado e a convivência forçada em um ambiente superlotado aumentam os níveis de violência e dificultam a implementação de programas de ressocialização.

Esses dados evidenciam a urgência de se buscar soluções para a superlotação carcerária no Brasil. É necessário investir em políticas públicas que visem a redução do encarceramento em massa, o fortalecimento de alternativas penais, a ampliação de vagas no sistema prisional e a melhoria das condições de encarceramento, garantindo assim o respeito aos direitos humanos dos detentos.

4.5.2 Portugal

Em Portugal, a superlotação carcerária também é uma preocupação, embora em menor escala se comparada a outros países. Seguem alguns dados sobre a superlotação carcerária em Portugal:

1. Taxa de ocupação: Segundo o Relatório Anual de Segurança Interna (RASI) de 2020, a taxa de ocupação média nas prisões portuguesas foi de cerca de 112%. Isso indica que, em média, as unidades prisionais estão operando com uma ocupação acima de sua capacidade⁴²⁹.
2. População carcerária: Segundo o RASI de 2020, Portugal registrou aproximadamente 11.500 pessoas privadas de liberdade. Esse número representa um aumento gradual ao longo dos anos.
3. Déficit de vagas: Apesar de apresentar uma taxa de ocupação menor do que outros países, Portugal também enfrenta um déficit de vagas no sistema prisional. Segundo o Relatório de Acompanhamento do Plano de Ação para a Prevenção e o Combate à Violência Doméstica e de Género (2018-2021)⁴³⁰, estima-se que haja um déficit de cerca de 3.000 vagas nas prisões portuguesas.
4. Condições de encarceramento: A superlotação carcerária pode resultar em condições precárias de encarceramento, como celas superlotadas, falta de privacidade, limitação de atividades e acesso limitado a serviços básicos, como saúde e educação. Embora

⁴²⁹ SISTEMA DE SEGURANÇA INTERNA. *Relatório anual de segurança interna 2020*. Lisboa: Gabinete do Secretário-Geral, Sistema de Segurança Interna, 2020. Disponível em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3D%3DBQAAAB%2BLCAAAAAAABAAzNDQ1NAUABR26oAUAAAA%3D>. Acesso em 05 set. 2023.

⁴³⁰ PORTUGAL. Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as mulheres e a violência doméstica – Relatório Sombra das ONG ao Comité Grevio. Lisboa: Conselho da Europa, 2020. Disponível em https://plataformamulheres.org.pt/site/wp-content/ficheiros/2018/11/Relatorio_Sombra_GREVIO_para_site.pdf. Acesso em 05 set. 2023.

Portugal tenha esforços para garantir condições humanas nas prisões, a superlotação ainda pode comprometer a dignidade dos detentos.

5. Alternativas penais: Portugal tem adotado medidas para reduzir a superlotação carcerária, como a promoção de alternativas penais e medidas não privativas de liberdade, especialmente para crimes de menor gravidade. Programas de reinserção social, penas alternativas e monitoramento eletrônico têm sido implementados visando reduzir o número de pessoas nas prisões e garantir uma resposta mais proporcional aos delitos cometidos.

Esses dados evidenciam a importância de se manter um olhar atento à questão da superlotação carcerária em Portugal, buscando soluções que garantam a dignidade dos detentos, a efetividade do sistema penal e a ressocialização dos indivíduos. É fundamental continuar investindo em políticas de prevenção, alternativas penais e medidas de acompanhamento pós-libertação, a fim de reduzir a superlotação e promover um sistema penitenciário mais justo e eficiente.

4.6 Políticas públicas em educação e medidas educativas como solução da criminalidade

4.6.1 Medidas utilizadas no Brasil

As políticas públicas em educação desempenham um papel fundamental na busca por soluções efetivas para a criminalidade. A educação é um dos pilares essenciais para o desenvolvimento humano e social, capaz de promover a inclusão, estimular o pensamento crítico e fornecer oportunidades de crescimento pessoal e profissional. Nesse contexto, medidas educativas voltadas para a prevenção do crime têm se mostrado eficazes na redução da criminalidade e na promoção de uma sociedade mais segura e justa.

Este capítulo abordará a importância das políticas públicas em educação para o enfrentamento da criminalidade, destacando a relevância das medidas educativas na prevenção do delito. Serão exploradas iniciativas que visam oferecer oportunidades educacionais a grupos vulneráveis e em situação de risco, bem como a promoção de valores cívicos e éticos nas escolas. Além disso, serão discutidos os impactos positivos da educação na ressocialização de indivíduos que tenham cometido crimes.

A educação tem o potencial de romper o ciclo da criminalidade ao oferecer alternativas para a construção de um futuro promissor. Investir em medidas educativas é uma estratégia

eficaz de prevenção do crime, uma vez que promove o acesso a conhecimentos, habilidades e valores que auxiliam na tomada de decisões conscientes e responsáveis.

Uma das formas de aplicação das medidas educativas é por meio da implementação de programas de educação para crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social. Esses programas visam proporcionar um ambiente seguro e estimulante, com ênfase no desenvolvimento de competências socioemocionais, como a resiliência, a empatia e a capacidade de resolver conflitos de forma pacífica. Ao oferecer um suporte educacional adequado, essas iniciativas buscam evitar a entrada desses jovens no caminho da criminalidade.

Outra abordagem importante é a inclusão de valores cívicos e éticos na educação formal. Por meio do currículo escolar, é possível promover a conscientização sobre os direitos e deveres de cidadania, a importância do respeito ao próximo e o repúdio à violência. Ao incentivar o diálogo, o respeito à diversidade e a resolução pacífica de conflitos, a escola contribui para a formação de cidadãos conscientes e responsáveis, menos propensos a se envolver em práticas criminosas.

Além de sua importância na prevenção do crime, a educação desempenha um papel fundamental na ressocialização de indivíduos que cometeram delitos. Investir em programas educacionais dentro do sistema prisional possibilita aos detentos adquirir conhecimentos e habilidades que facilitam a sua reintegração na sociedade.

A oferta de oportunidades educacionais no ambiente carcerário contribui para a redução da reincidência criminal. Ao adquirir uma formação acadêmica ou profissionalizante, os detentos aumentam suas chances de reinserção no mercado de trabalho e de construção de uma vida digna após o cumprimento da pena. Além disso, o acesso à educação no cárcere proporciona a ampliação do horizonte intelectual, estimula o desenvolvimento pessoal e a reflexão crítica, fatores fundamentais para uma transformação positiva.

Para que essas políticas educativas sejam eficazes, é necessário o envolvimento e a cooperação entre os setores governamentais, educacionais e sociais. É preciso investir em infraestrutura adequada, formação de professores, recursos pedagógicos e estratégias de acompanhamento e avaliação. Somente assim será possível promover uma educação de qualidade, capaz de contribuir significativamente para a redução da criminalidade e a construção de uma sociedade mais justa e segura.

4.6.2 Medidas utilizadas em Portugal

Em Portugal, assim como em qualquer outro país, políticas públicas em educação desempenham um papel crucial para que se obtenha soluções para a criminalidade⁴³¹. Investir em educação de qualidade e adotar medidas educativas pode contribuir significativamente para a prevenção do crime e para a redução dos índices de criminalidade a longo prazo. Neste subitem busca-se aqui apresentar, de forma sucinta, alguns aspectos importantes a serem considerados.

O primeiro deles, como em diversos outros países, assim como Brasil, é a educação como prevenção da criminalidade. A educação é uma poderosa ferramenta de prevenção do crime, pois pode ajudar a desenvolver habilidades sociais, conscientização cívica e valores que desencorajam a prática de atos criminosos. Crianças e jovens que recebem uma educação de qualidade têm mais chances de se tornarem cidadãos responsáveis e respeitosos da lei⁴³².

Mais adiante, busca-se no país atribuir oportunidades educacionais para todos. Políticas públicas devem se concentrar em garantir que todas as crianças e jovens tenham acesso a uma educação de qualidade, independentemente de sua origem socioeconômica. Isso inclui investir em infraestrutura escolar, capacitar professores, fornecer recursos didáticos adequados e promover a inclusão de estudantes com necessidades especiais⁴³³.

O envolvimento da comunidade torna-se um dos pontos que unem também com a maior oportunidade de as pessoas acessarem educação e capacitação para o mercado de

⁴³¹ Cf. RODRIGUES, Maria de Lurdes; SILVA, Pedro Adão e. *Políticas Públicas em Portugal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012, p. 5-6; ANTUNES, Fátima. *Dimensões biográficas, respostas comunitárias: tensões numa política socioeducacional em Portugal*. São Paulo: Cadernos de Pesquisa, vol. 49, n. 173, jul./set. 2019. Disponível em http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742019000300244. Acesso em 19 jul. 2023.

⁴³² Assim como Rodrigues e Silva também afirmam que: “As políticas públicas desenvolvidas ao longo dos últimos 30 anos em Portugal encontram os seus fundamentos na Constituição aprovada em 1976 e nas suas sucessivas revisões. A inscrição constitucional da obrigação do estado de promover políticas públicas para assegurar a construção do estado social, garantindo a todos os cidadãos a protecção social, a saúde e a educação, resultou de compromissos político-partidários que foram decisivos para a construção dos serviços públicos universais e gratuitos que hoje conhecemos” (RODRIGUES, Maria de Lurdes; SILVA, Pedro Adão e. *A constituição e as políticas públicas em Portugal*. Lisboa: Sociologia, Problemas e Práticas, NE 2016. Disponível em <https://journals.openedition.org/spp/2578>. Acesso em 19 jul. 2023. p. 23-32).

⁴³³ E ainda completa que: “O progresso, a igualdade, o individualismo e os direitos humanos, aspetos inclusos no quadro da modernidade ocidental, têm servido para construir modelos e objetivos comuns, assentes na ideia de uma cultura educacional mundial comum, facilitando a expansão mundial dos sistemas educativos. O desenvolvimento de redes de interdependência entre nações foi propício à maior difusão de contextos de reflexão pelas quais cada um adquire um duplo papel: de modelo e estímulo para todos os que se encontram em rede” (ANTUNES, Fátima (et al.). *Políticas educacionais: gerencialismo e democratização da educação em Portugal* (2007-2017). São Paulo: Revista Brasileira de Educação, vol. 26, 2021. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rbedu/a/Y8VbPGBRRSpcmDmtD9GwgCk/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 19 jul. 2023. p. 6).

trabalho. Para o sucesso das políticas educacionais, é essencial o envolvimento da comunidade local, incluindo pais, professores, líderes comunitários e organizações não governamentais. O engajamento da comunidade pode ajudar a identificar desafios específicos e propor soluções adaptadas às necessidades locais. Há uma consideração de um programa do Estado acerca do assunto. O Programa TEIP (criado em 1996 e ampliado em 2008 e 2012), e o Programa Escolhas (2001) apresentam um ponto em comum ao serem considerados ferramentas de discriminação positiva e intervenção para que se solucione o problema de abandono e baixa produtividade escolar em comunidade penalizadas. O Programa TEIP tem sua atuação no âmbito escolar e o Programa Escolhas atua através da comunidade⁴³⁴.

Mais adiante, pauta-se em uma educação para a cidadania⁴³⁵. Incluir a educação cívica nas escolas pode ajudar a desenvolver a consciência sobre os direitos e responsabilidades dos cidadãos, promovendo o respeito à lei e à ordem social.

Assim como no Brasil, evita-se que ocorram casos de evasão escolar. O abandono escolar é um fator que pode aumentar o risco de jovens se envolverem em atividades criminosas. Portanto, é importante adotar medidas para prevenir o abandono, oferecendo suporte acadêmico e emocional aos estudantes em situação de vulnerabilidade.

Para atribuição de se evitar maiores criminalidades e o aumento de uma superpopulação, deve-se investir em garantir às pessoas formações profissionalizantes. Além de uma educação acadêmica sólida, políticas públicas podem incentivar a formação profissionalizante e o desenvolvimento de habilidades práticas, proporcionando aos jovens alternativas concretas para ingressar no mercado de trabalho e evitar o caminho do crime⁴³⁶.

Azevedo⁴³⁷ critica o ensino profissional ao questionar se os ensinamentos técnico e profissional são benéficos para e suportam a economia e o emprego, principalmente quando os governos passam a exaltar teorias funcionalistas, como o do capital humano. Segue o autor

⁴³⁴ ANTUNES, Fátima (et al.). *Políticas educacionais: gerencialismo e democratização da educação em Portugal (2007-2017)*. São Paulo: Revista Brasileira de Educação, vol. 26, 2021, p. 13. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rbedu/a/Y8VbPGBRRSpcmDmtD9GwgCk/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 19 jul. 2023.

⁴³⁵ ALVARENGA, Carolina Faria (et al.). *A construção de uma política pública de gênero e cidadania na educação de infância portuguesa*. Santa Catarina: Dossiê: Infância(s), gênero e sexualidades: sobre resistências e (re)existências, vol. 24, n. Especial, 2022, p. 1-26. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/zeroseis/article/view/87712/52211>. Acesso em 19 jul. 2023.

⁴³⁶ ALVES, Luís Alberto Marques. *Ensino técnico: Uma necessidade ou uma falácia?* Notas para a compreensão da filosofia do ensino técnico em Portugal e no Brasil. Porto Alegre: História e Educação, vol. 41, n. 17, set./dez. 2013, p. 103-122. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S2236-34592013000300007>. Acesso em 19 jul. 2023.

⁴³⁷ AZEVEDO, Joaquim. *O ensino secundário na Europa: o neoprofissionalismo e o sistema educativo mundial*. Porto: ASA, 2000, p. 81.

afirmando que, nesta relação entre economia e educação, identificam-se importantes pressupostos da falácia do ensino profissional.

Por fim, a recuperação de jovens infratores é um dos pontos cruciais utilizados pelas políticas públicas presentes em Portugal. Quando um jovem comete um ato criminoso, é essencial que as medidas educativas busquem sua recuperação e reintegração à sociedade. A educação pode ser uma ferramenta poderosa para a ressocialização desses jovens, preparando-os para uma vida mais produtiva e responsável⁴³⁸.

Em resumo, as políticas públicas em educação e medidas educativas são fundamentais para enfrentar o problema da criminalidade em Portugal. Investir na educação de qualidade e garantir oportunidades iguais para todos os jovens pode ajudar a construir uma sociedade mais justa, equitativa e menos propensa ao crime. É importante que tais políticas sejam desenvolvidas de forma holística, levando em conta as particularidades regionais e as necessidades específicas das comunidades, para que os resultados sejam mais efetivos e sustentáveis ao longo do tempo.

4.7 Distorções sobre o fundamento da prisão preventiva como preservação da ordem pública

A prisão em caráter preventivo é uma medida cautelar de natureza excepcional que tem como fundamento a preservação das ordens econômica e pública, a garantia do bom andamento da instrução criminal e da aplicação da lei. No entanto, ao longo do tempo, têm surgido algumas distorções em relação ao seu fundamento, o que pode comprometer os princípios e direitos fundamentais dos acusados.

Ela se diferencia das penas aplicadas após o trânsito em julgado da sentença, uma vez que ocorre durante o andamento do processo, antes de haver uma condenação definitiva.

No que diz respeito ao fundamento da prisão preventiva como preservação da ordem pública, é importante destacar que esse é um dos motivos legais que podem justificar a sua aplicação. Em geral, a manutenção da ordem pública é invocada quando a liberdade do acusado é considerada uma ameaça à sociedade, seja porque o crime é de extrema gravidade, seja porque o réu representa risco de reiteração criminosa ou interferência nas investigações.

⁴³⁸ Cf. CRUZ NETO, Otávio; MOREIRA, Marcelo Rasga. *A concretização de políticas públicas em direção à prevenção da violência estrutural*. São Paulo: Ciências Saúde Coletiva, vol. 4, n. 1, 1999, p. 33-51. Disponível em <https://www.scielo.br/j/csc/a/fkZGywBXPmZ6YQVzJB5ZWts/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 19 jul. 2023.

Uma das distorções comuns é a utilização indiscriminada da prisão de caráter preventivo como antecipação da pena. A prisão cautelar não deve ser confundida com uma pena antecipada, pois o acusado presume-se inocente até que seja comprovada sua culpabilidade por meio de um processo justo e imparcial. A finalidade da prisão preventiva é garantir a eficácia do processo penal, não antecipar a pena.

Apesar da reforma do Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403 de 2011, os legisladores não se preocuparam em determinar o período máximo de prisão preventiva, deixando a critério do juiz determinar o período de privação.

Como a prisão preventiva não tem duração, ao contrário da prisão temporária, a prisão preventiva pode durar no máximo o tempo do processo de julgamento.

Os legisladores se preocupam com os prazos para determinação da duração dos processos, conforme indicado nas Leis nº 11.689/2008, 11.719/2008 e 12.850/2013, porém, esses prazos nem sempre ou nunca são respeitados em uma situação caótica com sistema judiciário, muitos serviços e ineficiências, havendo assim razoabilidade e proporcionalidade em geral.

Outra distorção está relacionada à ausência de fundamentação idônea para decretar a prisão preventiva. A decisão de privar alguém de liberdade deve ser fundamentada de forma clara, objetiva e baseada em elementos concretos que demonstrem a necessidade da medida. No entanto, muitas vezes, verifica-se a decretação da prisão preventiva de forma genérica e sem a devida individualização da fundamentação.

No entanto, há algumas distorções que podem ocorrer em relação a esse fundamento da prisão preventiva. Subjetividade: O conceito de "ordem pública" pode ser subjetivo e aberto a interpretações diversas. Isso pode levar a decisões arbitrárias e inconsistentes, resultando em prisões preventivas aplicadas de forma desproporcional ou injusta.

A atenção também deve se voltar para a prisão automática. Em alguns casos, o fundamento da manutenção da ordem pública é utilizado como uma justificativa automática para a prisão em caráter preventivo, independentemente das circunstâncias específicas do caso. Isso pode levar à prisão de pessoas que não representam, de fato, um risco à sociedade.

Mais adiante, é preciso se atentar para a ausência de alternativas. Em certos sistemas judiciais, a prisão em caráter preventivo pode ser utilizada como uma medida padrão, sem que sejam exploradas alternativas menos restritivas da liberdade, como monitoramento eletrônico, medidas cautelares diversas da prisão ou fiança.

A prisão preventiva deve sempre corresponder ao tempo e o tempo prolongado deve gerar preocupação. Por sua própria natureza, é temporária e deve ser mantida pelo tempo

estritamente necessário. Entretanto, em alguns casos, ela pode se estender por um período prolongado, violando o princípio da presunção de inocência e causando danos à dignidade e aos direitos do acusado.

Para evitar essas distorções, o fundamento da prisão preventiva deve ser aplicado de forma criteriosa e de acordo com os princípios fundamentais do Estado de Direito. O sistema de justiça deve buscar sempre a proporcionalidade entre a restrição da liberdade individual e os interesses da sociedade, garantindo o devido processo legal e respeitando os direitos humanos do acusado. Além disso, é essencial que sejam exploradas outras medidas cautelares, quando adequado, para evitar a prisão preventiva desnecessária. O diálogo e a cooperação entre os diversos atores do sistema de justiça são fundamentais para promover uma abordagem equilibrada e justa em relação à aplicação da prisão em caráter preventivo.

Neste sentido, Silveira⁴³⁹, defende que o termo “ordem pública” é muito vago e possibilita que o juiz decorra em infinitudes de interpretações quando em sua decisão. O autor cita como exemplo casos em que a medida é decretada em situações que não infligem ameaça ao bom andamento do processo. Da mesma forma, a decretação de prisão em caráter preventivo segue a lógica seletiva do sistema penal. Seus estudos avaliam a prisão preventiva foi banalizada sob o argumento da garantia da ordem pública, principalmente em processos que envolvem pessoas das camadas menos assistidas da sociedade.

Além disso, é importante destacar que a prisão preventiva não deve ser utilizada como forma de punir antecipadamente o acusado. A sua finalidade é assegurar a ordem pública e garantir o regular andamento do processo, não servindo como uma medida de retribuição ou vingança. De acordo com Choukr⁴⁴⁰, cláusula “ordem pública” é um dos mais problemáticos fundamentos do Código de Processo Penal. O autor instiga a analisar o exercício jurisprudencial e nele identificar um conceito para expressão “ordem pública” (artigo 312 do Código de Processo Penal) que sirva como fundamento para a decretação de prisão em caráter preventivo ou denegação de liberdade provisória. Ressalta ainda que o conceito de “garantia da ordem pública” é contraditório aos princípios constitucionais vigentes, especialmente quando nos referimos ao princípio da presunção de inocência

Pois, a tendência da atual doutrina brasileira compreende que o uso do argumento de garantia da ordem econômica e pública são inconstitucionais, considerando que os mesmos

⁴³⁹ SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública*. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito UFMG, n. 67, jul./dez. 2015, p. 213-244.

⁴⁴⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual: Comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Forense, 2011, p. 79-80.

podem ser empregados para finalidades anormais ao processo⁴⁴¹. Ressalta-se alguns doutrinadores, como Prado⁴⁴², que afirma que a inconstitucionalidade está presente devido ao conteúdo indeterminado de tais expressões, como já foi apresentado que a ordem pública, de fato, é uma forma de restrição de liberdade que vai contrária ao Princípio da Legalidade, dado que não é possível que se defina precisamente os limites de proibição ou permissão. Isso é uma das construções que para o Processo Penal, em nenhuma construção, poderia ser admitido, por ser um tema vago e subjetivo.

A tendência também é apontada por Lopes Jr.⁴⁴³, autor estudado nesta dissertação e que aqui inclui-se seu posicionamento, que as situações utilizadas para a atribuição da ordem pública como argumento para a prisão preventiva são alarmantes. Isso porque o uso dos poderes públicos de fato utilizarem-se da prisão preventiva e que essa esteja diante de uma legitimidade apenas com o argumento de manutenção da ordem pública é um sinal de que a própria democracia se encontra comprometida. Isso é justificado em razão das situações que permitem o retorno de um Estado não somente policialesco, mas como os resquícios inquisitoriais que foram mencionados logo no início deste estudo. Essas propostas vão de encontro com o regime democrático de Direito que, na teoria, o Brasil busca preservar.

A crítica para fundamentação de existir um risco de reiteração criminosa para manutenção da prisão preventiva também merece crítica, como é exposto por Lopes Jr., de forma que os riscos precisam ser averiguados diante de um juiz “vidente”, já que depende de um diagnóstico baseado em possíveis adivinhações do futuro, sendo inadmissível quando há privação de liberdade de um indivíduo. Essa “previsão” também seria incabível no âmbito de medidas cautelares, sendo oportuno deixar aqui neste estudo mais temas de pesquisa sobre essa crítica e essa disposição do uso inadequado das justificativas para a manutenção da prisão preventiva.

De acordo com Giacomolli⁴⁴⁴, atribui-se a uma concordância com as situações que são apresentadas na *Law in Action* que tem como evidência o uso inadequado da prisão preventiva no que tange os casos que aqui já foram expostos sobre a manutenção da ordem pública, pois ocorrem com força de decretos que se motivam de forma disfuncional, até delirante,

⁴⁴¹ SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública*. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito UFMG, n. 67, jul./dez. 2015, p. 226.

⁴⁴² PRADO, Geraldo. *Excepcionalidade da prisão provisória* – Comentários aos artigos 311- 318 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In. FERNANDES, Og. Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 138-143.

⁴⁴³ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109.

⁴⁴⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 77.

desvinculando-se do plano concreto, pois se baseiam em heresias e se tornam dogmas. Os prognósticos que são encontrados perante meras suposições são praticamente imprestáveis para se justificar uma prisão preventiva.

Seguindo o mesmo raciocínio de Silveira⁴⁴⁵, a conclusão que se leva sobre prisões preventivas decretadas a partir do argumento de que a ordem pública deve ser garantida é que se trata de uma forma cautelar totalmente desvinculada da instrumentalidade do próprio processo cautelar, de forma que se justifica que não há relação entre a proteção da investigação e do processo penal em curso, bem como a verdadeira função da tutela contra eventuais crimes. Critica-se a Lei 12.403 – 04/05/2011, que trouxe as expressões da ordem econômica e pública, por ainda manter no texto, sem explicação, existindo uma conexão com a subjetividade e os “achismos” que podem vir em torno dos fundamentos abstratos como estes em discussão neste estudo. O autor segue argumentando que seria possível excluir do texto estes termos e reduzir assim consideravelmente prisões desnecessárias, ou ilegais, conforme afirma, pois estas violam os direitos e garantias previstos na Constituição⁴⁴⁶.

É de extrema importância que o fundamento da prisão preventiva seja corretamente compreendido e aplicado pelos operadores do direito, respeitando-se os princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos. A prisão cautelar deve ser sempre uma medida excepcional, adotada apenas quando houver efetiva necessidade e desde que não seja possível a aplicação de medidas alternativas que garantam os mesmos objetivos.

O problema está nas falhas do sistema. O processo pode durar anos, e o preso pode ficar preso por anos, o que viola outro princípio de igual importância aos já discutidos, qual seja, o princípio da razoável duração do processo.

É de extrema importância que sejam estabelecidos critérios mais específicos e específicos para a decretação da prisão preventiva, como sua duração e os fundamentos pelos quais a prisão preventiva é de fato preventiva.

Nota-se uma condição periculosa para a boa aplicação do direito penal, a banalização da prisão de caráter preventiva, fundamentadas tão somente no argumento de garantia da ordem pública. É direito do Estado impor punições, mas tais punições devem encontrar seus limites dentro princípios previstos na Constituição, balizadores da segurança pessoal e social.

⁴⁴⁵ SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública*. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito UFMG, n. 67, jul./dez. 2015, p. 213-244.

⁴⁴⁶ Ibidem, p. 229.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prisão preventiva como antecipação da pena e a manutenção da ordem pública é um tema complexo e controverso no âmbito do direito penal. Ao longo do presente estudo, exploramos as principais questões envolvidas nessa discussão, destacando a necessidade de respeitar os princípios fundamentais e os direitos individuais dos acusados.

Ficou evidente que a prisão preventiva não deve ser utilizada, entendida ou compreendida como uma forma de antecipação da pena, pois viola o princípio da presunção de inocência, um dos pilares do Estado de Direito. Sua finalidade deve ser exclusivamente a garantia do regular desenvolvimento do processo penal, evitando que o acusado interfira na produção de provas ou fuja da aplicação da lei.

No entanto, é necessário ressaltar que houve um período que se inseriu a importância da manutenção da ordem pública como sendo um real argumento para que prisões em caráter preventivo fossem decretadas, porém, é preciso ressaltar que o tema, de fato, possui subjetividade, abstrações e concede abertura para irregularidades. A sociedade tem o direito de se sentir protegida e confiar que as autoridades estão agindo para preservar a segurança e a tranquilidade coletiva. Assim, é fundamental que a decisão de privar alguém de sua liberdade seja devidamente fundamentada e proporcional às circunstâncias do caso, evitando abusos e arbitrariedades.

Por fim, é preciso avançar na busca por alternativas à prisão preventiva que sejam eficazes na garantia da ordem pública, sem violar os direitos fundamentais dos acusados. Medidas cautelares diversas da prisão, como o monitoramento eletrônico, a aplicação de medidas restritivas e a obrigação de comparecimento periódico em juízo, podem ser adotadas de forma mais ampla e criteriosa, contribuindo para uma justiça mais justa e equilibrada.

Em um sistema penal democrático, a prisão preventiva deve ser a exceção e não a regra. A busca por um equilíbrio entre a proteção da sociedade e a salvaguarda dos direitos individuais é um desafio constante para o sistema de justiça criminal. Cabe aos legisladores, operadores do direito e demais atores envolvidos no processo penal empenharem-se na busca por soluções que conciliem de forma adequada os interesses da sociedade com os direitos fundamentais dos acusados.

A discussão sobre a prisão preventiva como antecipação da pena e a manutenção da ordem pública é de extrema relevância no âmbito do direito penal e o estudo traz uma provocação aos novos pesquisadores e estudiosos a incitarem debates mais acalorados acerca do uso da manutenção da ordem pública (e da ordem econômica como foi encontrado na

pesquisa bibliográfica deste estudo). É preciso que haja um aprofundamento na compreensão e na aplicação adequada dos fundamentos e limites dessa medida cautelar.

É necessário promover um debate amplo e inclusivo, envolvendo os diversos atores do sistema de justiça criminal, a sociedade civil e especialistas na área, visando a busca de soluções que sejam mais justas, proporcionais e respeitem os direitos fundamentais dos acusados.

Desenvolver uma justiça criminal mais justa e eficiente passa pela análise crítica das práticas atuais e pela implementação de medidas que garantam a aplicação da lei de forma equitativa e respeitando os princípios e direitos fundamentais. A prisão preventiva deve ser encarada como uma medida excepcional, utilizada apenas quando for estritamente necessária e proporcional às circunstâncias do caso.

A garantia da ordem pública poderia ser compreendida como um interesse legítimo da sociedade, porém não pode, em nenhuma circunstância, servir como justificativa para violações dos direitos e garantias fundamentais dos acusados. É necessário um equilíbrio entre a proteção coletiva e o respeito aos direitos individuais, a fim de que o sistema de justiça criminal cumpra sua função de forma justa, equitativa e respeitando a dignidade de todas as pessoas envolvidas no processo.

Com base nessas disposições, é preciso informar que há a possibilidade de violação das garantias de legalidade estrita e de imprecisão conceitual ao se manter a prisão em caráter preventivo sob o fundamento de garantia da ordem pública, como foi abordado ao longo do texto, inclusive, buscando definições em dicionários jurídicos e outros estudos dos autores. A presunção de inocência é um dos protagonistas aqui neste estudo para que possibilite compreender que há uma evidência de que medidas satisfativas antecipariam a tutela da acusação perante uma transposição indevida da manutenção da prisão preventiva sob apenas – e tão somente – o argumento da ordem pública.

As tentativas – e frágeis – discussão sobre o significado da expressão abstrata da ordem pública identificam aos estudiosos e doutrinadores como medidas que podem comportar tantos outros argumentos que a ordem pública fica de lado para essa disposição de manutenção da prisão preventiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁFRICA DO SUL. *África do Sul: história, Estado e Sociedade*. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 2010. Disponível em https://funag.gov.br/loja/download/709-africa_do_Sul_-_Historia_Estado_e_Sociedade.pdf. Acesso em 25 mai. 2023.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALCALÁ, HUMBERTO NOGUEIRA. *Consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocência*. [S.l.]: Revista Itus et Práxis, vol. 11, n. 1, p. 221-241, 2005.

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Tradutor Assis Mendonça, Aachen. Revisor Jurídico Urbano Carvelli, Bomn, 2022. Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 25 mai. 2023.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALFÖLDY, Géza. *A história social de Roma*. Lisboa: Presença, 1989.

ALMEIDA, João Alberto de; BRITO, Thiago Carlos Souza de. *O princípio da segurança jurídica e suas implicações na relativização da coisa julgada*. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 57, jul./dez. 2020.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo Criminal Brasileiro – vol. 1*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Livraria Freitas Bastos S.A., 1959.

ALVARENGA, Carolina Faria (et al.). *A construção de uma política pública de gênero e cidadania na educação de infância portuguesa*. Santa Catarina: Dossiê: Infância(s), gênero e sexualidades: sobre resistências e (re)existências, vol. 24, n. Especial, 2022, p. 1-26. Disponível

em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/zeroseis/article/view/87712/52211>. Acesso em 19 jul. 2023.

ALVES, Luís Alberto Marques. *Ensino técnico: Uma necessidade ou uma falácia?* Notas para a compreensão da filosofia do ensino técnico em Portugal e no Brasil. Porto Alegre: História e Educação, vol. 41, n. 17, set./dez. 2013. p. 103-122. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S2236-34592013000300007>. Acesso em 19 jul. 2023.

ANTUNES, Fátima (et al.). *Políticas educacionais: gerencialismo e democratização da educação em Portugal (2007-2017)*. São Paulo: Revista Brasileira de Educação, vol. 26, 2021, p. 13. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rbedu/a/Y8VbPGBRRSpcmDmtD9GwgCk/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 19 jul. 2023.

ANTUNES, Fátima. *Dimensões biográficas, respostas comunitárias: tensões numa política socioeducacional em Portugal*. São Paulo: Cadernos de Pesquisa, vol. 49, n. 173, jul./set. 2019. Disponível em http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742019000300244. Acesso em 19 jul. 2023.

ARISTOTELES. *Política*. Bilíngüe grego-português. Trad. A. Campelo Amaral e Carvalho Gomes. Lisboa, Veja: 1998.

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Método, 2017.

AZEVEDO, Joaquim. *O ensino secundário na Europa: o neoprofissionalismo e o sistema educativo mundial*. Porto: ASA, 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BAMONTE, Tércio Felipe Mucedola. *Manutenção da ordem pública no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Edição do Autor, 2017.

BARAHORA, Henrique. *Joaquim José Caetano Pereira e Sousa e as 'primeiras linhas' da modernidade jurídica luso-brasileira (sécs. XVIII/XIX)*. Rio de Janeiro: Anais do XVI Encontro

Regional de História da Anpuh-Rio, Saberes e Práticas Científicas, ago. 2014. Disponível em http://www.encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/28/1400248157_ARQUIVO_Anpuh_2014.pdf. Acesso em 16 fev. 2023.

BARBOSA, Rui. *Habeas corpus*. Salvador: Typ. Do Diário da Bahia, 1892.

BARROS, José Manuel de Araújo. *Critérios da prisão preventiva*. Porto: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 10, jul./set. 2000.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. *Em Algum Lugar do Passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil*. In. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Constituição e Segurança jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. São Paulo: Fórum, 2012.

BATALHA, Sergio Fedato. *Principiologia para um devido processo penal constitucional: a ampla defesa e o contraditório*. Presidente Prudente: Repositório Intertemas Toledo Prudente, vol. 6, n. 6, 2010. Disponível em <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/2552>. Acesso em 30 jan. 2023.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BELEZA, Tereza Pizarro. *Apontamentos de Direito Processual Penal*. Lisboa: AAFDL, 1993.

BINDER, Alberto M. *Descumprimento das Formas Processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1998.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de Processo Penal Anotado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOULHOSA, Bruna Edwirges Cunha; DUARTE, Kaique Campos; ATHIAS, Arianne Brito Cal. *Mutatio Libelli*: uma releitura de sua compatibilidade em face ao ordenamento constitucional e o sistema acusatório brasileiro. Lisboa: RJLB, ano 5, n. 4, 2019. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/4/2019_04_0387_0420.pdf. Acesso em 15 dez. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 19 dez. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 25 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em 25 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 25 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm. Acesso em 25 mai. 2023.

BRASIL. Enunciado nº 366. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Tese definida nº RE 635145, rel. min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. min. Luiz Fux, P, j. 1º-8-2016, DJE 207 de 13-9-2017, Tema 613. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2739>. Acesso em 25 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 25 mai. 2023.

BRASIL. Convenção Americana de Direitos Humanos. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 25 mai. 2023.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Disponível em <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DLG&numero=6&ano=2020&ato=b1fAzZU5EMZpWT794>. Acesso em 26 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *Habeas corpus* nº 89.090/GO. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 21 nov. 2006. Publicado em 04 out. 2007. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/2939364>. Acesso em 26 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *Habeas corpus* nº 80719 SP. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 26 jun. 2001. Publicado em 28 set. 2001. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/2998699>. Acesso em 26 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). *Habeas corpus* nº 536995 BA 2019/0295699-6. Rel. Min. Sebastião Reis Jr. Julgado em 9 fev. 2021. Publicado em 18 fev. 2021. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1172222730>. Acesso em 30 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). *Habeas corpus* nº 504386 SP 2019/0105898-8. Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro. Julgado em 28 mai. 2019. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/859659697>. Acesso em 30 jan. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 23 jan. 2023.

BRASIL. Decreto nº 2.457, 8 de fevereiro de 1897. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2457-8-fevereiro-1897-539641-publicacaooriginal-38989-pe.html>. Acesso em 01 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em 30 jan. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 88.777, de 30 de setembro de 1983. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d88777.htm. Acesso em 30 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas corpus* nº 126.292 SÃO PAULO. Rel. Min. Teori Zavaski. Julgado em 17 fev. 2016. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 30 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *Habeas corpus* nº 80719 SP. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 26 jun. 2001. Publicado em 28 set. 2001. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/2998699>. Acesso em 26 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso em *habeas corpus* nº 60973 PR. Rel. Min. Francisco Rezek. Julgado em 27 mai. 1983. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14687269>. Acesso em 01 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas corpus* nº 80717 SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 13 jun. 2001. Publicado em 05 mar. 2004. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14751185/inteiro-teor-103136593>. Acesso em 01 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *Habeas corpus* nº 95.290 São Paulo. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 01 mar. 2011. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2455191>. Acesso em 01 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *Habeas corpus* nº 98143 MG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 02 fev. 2010. Publicado em 05 mar. 2010. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/7560534>. Acesso em 01 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (5ª Turma). Recurso em *habeas corpus* nº 97449 RJ. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 2 mar. 2009. Publicado em 25 jun. 2009. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/3495716>. Acesso em 01 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *Habeas corpus* nº 98143 MG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 02 fev. 2010. Publicado em 05 mar. 2010. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/7560534>. Acesso em 01 fev. 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). *Habeas corpus* nº 96235 GO 2007/0291713-7. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 20 nov. 2008. Publicado em 09 dez. 2008. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/2010048>. Acesso em 23 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/L Lei/L12403.htm#art1. Acesso em 01 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 09 set. 2015. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 08 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em 06 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17492.htm. Acesso em 06 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (4ª Câmara Criminal). *Habeas corpus* nº 20150421286 Brusque 2015.042128-6. Rel. Jorge Schaefer Martins. Julgado em 13 ago. 2015. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/944223478/inteiro-teor-944223570>. Acesso em 06 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). *Habeas corpus* nº 589544 SC 2020/0144047-4. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgado em 8 set. 2020. Publicado em 22 set. 2020. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1238714976/inteiro-teor-1238714978>. Acesso em 06 fev. 2023.

BRASIL. Lei Constitucional nº 1, de 16 de maio de 1938. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicon/1930-1939/leiconstitucional-1-16-maio-1938-373574-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 15 fev. 2023.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 09 fev. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html>. Acesso em 09 fev. 2023.

BRASIL. Decreto nº 10.358, de 31 de agosto de 1942. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d10358.htm. Acesso em 09 fev. 2023.

BRASIL. Lei Constitucional nº 1, de 16 de maio de 1938. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicon/1930-1939/leiconstitucional-1-16-maio-1938-373574-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 15 fev. 2023.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 09 fev. 2023.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 09 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L5349.htm. Acesso em 09 fev. 2023.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 16 fev. 2023.

BRASIL. Lei de 29 de novembro de 1832. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm. Acesso em 16 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em 09 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas corpus* nº 104339. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 10 mai. 2012. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3164259>. Acesso em 09 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3112. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 02 mai. 2008. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491806>. Acesso em 09 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11464.htm. Acesso em 09 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 09 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.689, de 09 de julho de 2012. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm. Acesso em 09 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 14 jun. 2018. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749901068>. Acesso em 09 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em 09 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em 09 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm. Acesso em 15 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança nº 0007007-68.2015.8.10.0000 MA 2016/0121257-6. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 17 set. 2016. Publicado em 03 out. 2016. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/862891639>. Acesso em 15 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2033.htm. Acesso em 16 fev. 2023.

BRASIL. Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm. Acesso em 16 fev. 2023.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 16 fev. 2023.

BRASIL. Decreto nº 2.110, de 30 de setembro de 1909. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-2110-30-setembro-1909-580312-publicacaooriginal-103262-pl.html>. Acesso em 22 fev. 2023.

BRASIL. Decreto nº 4.780, de 27 de dezembro de 1923. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4780-27-dezembro-1923-568835-publicacaooriginal-92160-pl.html>. Acesso em 22 fev. 2023.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 22 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 972598 RS. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgado em 4 mai. 2020. Publicado em 06 ago. 2020. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/919854162>. Acesso em 25 mai. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *habeas corpus* nº 102.457 SP 2018/0223940-7). Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 19 out. 2018. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802239407&dt_publicacao=19/10/2018. Acesso em 18 jul. 2023.

BRAZ, José Alberto Campos Braz. *Evolução histórica da prova em processo penal do pensamento mágico à razão*. Lisboa: Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, 2016. Disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37100/3/ulfd135579_tese.pdf. Acesso em 15 dez. 2022.

BURTON, Neel. *O Mundo de Platão: a vida e obra de um dos maiores filósofos de todos os tempos*. São Paulo: Cultrix, 2013.

CAFFERATA, José N. *La excarcelación*. Córdoba: Ed. Lerner, 1977.

CAIXÊTA JR., Júlio Alves; CAMPOS, Henrique Maurício de. *Direito em foco: Direito Constitucional*. Londrina: Thoth, 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2017.

CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de (Coord.). *Temas contemporâneos de direito processual*. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo de. Da construção do Modelo Jurídico Inquisitorial. In. WOLKMER, Antonio Carlos (Org). *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Revista e Ampliad. Del Rey, 2004.

CARVALHO NETO, Ruy Reis. *Indiferença estatal e social: a situação de abandono das mulheres no cumprimento da pena*. In. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro – 2016*. Brasília: Ministério Público, 2016. Disponível em

https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf. Acesso em 26 jan. 2023.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHOUKR, Fauzi H. *A “Ordem Pública” como Fundamento da Prisão Cautelar – Uma Visão Jurisprudencial*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, n. 4, 1993.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual: Comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Forense, 2011.

COELHO, Fábio Alexandre. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed. São Paulo: Ebook, 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Mandela – Regras mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Brasília: República Federativa do Brasil, Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso em 15 dez. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Mulheres presas e adolescentes em regime de internação que estejam grávidas e/ou que sejam mães de crianças até 6 anos de idade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, Ministério de Justiça e Segurança Pública, 2022. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/05/eixo1-primeira-infancia.pdf>. Acesso em 26 jan. 2023

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cidadania nos Presídios*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cidadania-nos-presidios/>. Acesso em 05 set. 2023.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro – 2016*. Brasília: Ministério Público, 2016. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Biblioteca_Virtual/Liv

ros_Digitais/ESMP%203355_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf. Acesso em 26 jan. 2023.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Fumus boni juris*. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2015, [s.d.]. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/8041-fumus-boni-juris>. Acesso em 15 fev. 2023.

CORDEIRO, Nefi; LINHARES, Antonio Carlos Alves. *Prisões cautelares e presunção de culpa: notas históricas sobre esta dialética no Direito Processual Penal brasileiro*. Brasília: Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, vol. 3, n. 1, jan./jun. 2017.

CORREIA, José Macário. *A falta de credibilidade na justiça e na segurança*. Alentejo: Sul Informação. Publicado em 4 jan. 2021. Disponível em <https://www.sulinformacao.pt/2021/01/a-falta-de-credibilidade-na-justica-e-na-seguranca/>. Acesso em 31 jan. 2023.

COSTA, Jaqueline Sérgio da (et al.). *COVID-19 no sistema prisional brasileiro: da indiferença como política à política de morte*. São Paulo: Psicologia e Sociedade, vol. 32, 2020. Disponível em <https://www.scielo.br/j/psoc/a/Jrx9BspBkMmvfLbTTLJLk9D/?lang=pt&format=html>. Acesso em 16 jan. 2023.

COSTA, Jefferson Ribeiro da. *A influência do caráter inquisitivo no processo penal brasileiro: desmitificando a sua classificação como misto*. [S.l.]: Revista Científica da Faculdade de Balsas, vol. 8, n. 2, 2017. Disponível em <http://34.132.243.117/index.php/unibalsas/article/view/52>. Acesso em 19 dez. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 25 mai. 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas à verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito*. Rio de Janeiro: Anuário Ibero-americano de direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do Juiz no processo penal. In. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. São Paulo: Revista de Informação Legislativa, vol. 46, n. 183, jul./set. 2009.

CRUZ NETO, Otávio; MOREIRA, Marcelo Rasga. *A concretização de políticas públicas em direção à prevenção da violência estrutural*. São Paulo: Ciências Saúde Coletiva, vol. 4, n. 1, 1999, p. 33-51. Disponível em <https://www.scielo.br/j/csc/a/fkZGywBXPmZ6YQVzJB5ZWts/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 19 jul. 2023.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). *Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo*. São Paulo: Conectas Direitos Humanos. Publicado em 18 fev. 2020. Disponível em <https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>. Acesso em 05 set. 2023.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

DIÁRIO DE NOTÍCIAS. *Modelo de Código de Processo Penal português é o mais avançado da Europa penalista*. Lisboa: Diário de Notícias, Lusa. Publicado em 19 out. 2017. Disponível em <https://www.dn.pt/lusa/modelo-de-codigo-de-processo-penal-portugues-e-o-mais-avancado-da-europa---penalista-8857703.html>. Acesso em 23 jan. 2023.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal*. [S.l.]: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 8.º, Fasc. 2.º, abr./jun. 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal e Estado de Direito material*. [S.l.]: [s.d.].

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Clássicos Jurídicos – direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal e Estado-de-Direito material*. Coimbra: [s.n.], [s.d.].
s

DIDIER JR., Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

DIGESTO. *Corpus Juris Civilis*. Equipe Responsável e tradução Edilson Alkmin Cunha. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Gráfica Luna, 1979.

D'OLIVEIRA, Heron Renato Fernandes. *A história do direito penal brasileiro*. São Paulo: Periódico Científico Projeção, Direito e Sociedade, vol. 5, n. 2, dez. 2014. Disponível em <http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/viewFile/410/367>. Acesso em 13 fev. 2023.

DONADONI, Sergio. *O Egito sob dominação romana*. In. MOKHTAR, G. História Geral da África: África Antiga. São Paulo: Ática/UNESCO, 1983.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Evolución de la noción de orden publico*. [S.l.]: Revista de la Universidad Nacional, (1944-1992), n. 6, 1946. Disponível em

<https://revistas.unal.edu.co/index.php/revistaun/article/view/13530/14211>. Acesso em 17 jan. 2023.

FEDATO, Matheus Arcangelo; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Análise crítica da expressão “garantia da ordem pública” na prisão preventiva*. Minas Gerais: Revista da Faculdade de Minas Gerais, vol. 38, n. 2, 2022. Disponível em <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu>. Acesso em 26 jan. 2023.

FEITLER, Bruno. *A fé dos juízes: inquisidores e processos por heresia em Portugal (1536-1774)*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2022.

FERNANDES, Rui. *Código Penal Português: entre a modernidade e os resquícios inquisitoriais*. Porto: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n. 19, p. 231-247, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. 2. ed. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid, Trotta, 1997.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal*, Vol. II. Coimbra: Almedina, Coimbra, 2010.

FRANÇA. Declaração Universal de Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em 25 mai. 2023.

FUNDAÇÃO FRANCISCO MANUEL DOS SANTOS. *Reclusos: total e em prisão preventiva*. [S.l.]: PORDATA – Estatísticas sobre Portugal e Europa, dez. 2022. Disponível em <https://www.pordata.pt/portugal/reclusos+total+e+em+prisao+preventiva-269>. Acesso em 14 dez. 2022.

GIACOMOLI, Nereu J. *O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisões, liberdade e cautelares pessoais – nova formatação a partir de 2020*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

GIACOMOLI, Nereu José. *O devido processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

GOLDSCHMIDT, Werner. *La Ciencia de la Justicia - Dikelogía*. 2. ed. Buenos Aires, Depalma, 1986.

GOMES, Conceição. *Um quarto dos juízes acredita que há corrupção na justiça mesmo que seja ‘muito raramente’*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça, Universidade de Coimbra. Publicado em 15 ago. 2022. Disponível em <https://opj.ces.uc.pt/2022/09/19/um-quarto-dos-juizes-acredita-que-ha-corrupcao-na-justica-mesmo-que-seja-muito-raramente/>. Acesso em 31 jan. 2023.

GOMES, Luiz Flávio (et al.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; SANTOS, Juliana Zanuzzo dos. *O que se entende por fumus commissi delicti?* [S.l.]: JusBrasil, 2011. Disponível em <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121923880/o-que-se-entende-por-fumus-commissi-delicti>. Acesso em 15 fev. 2023.

GOMES, Reginaldo Gonçalves; TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Jurisdição, verdade e processualidade democrática*. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOUVEIA, Bacelar; ROSÁRIO, Pedro Trovão. *Apontamentos de Direito Constitucional, 2004- 2005*. Lisboa: Universidade Autônoma de Lisboa, 2005. Disponível em

<https://www.studocu.com/pt/document/universidade-lusiada-de-lisboa/direito-constitucional/direito-constitucional-apontamentos/21336935>. Acesso em 17 jan. 2023.

GRINOVER, Ada Pellefrini. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GROSSI, Paolo. *Assolutismo giuridico e diritto penale* (a proposito di recenti appuntamenti carrariani e della ristampa della 'Parte generale' del 'Programma del corso di diritto criminale' di Francesco Carrara). [S.l.]: Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, XXIV, 1995.

HELLO, Henrique. *A verdade sobre a inquisição*. Petrópolis: Vozes, 1936.

INSTITUTO LUIZ FLÁVIO GOMES. *Site institucional*. [S.l.]: Instituto Luiz Flávio Gomes, 2023. Disponível em <https://institutoluizflaviogomes.org/>. Acesso em 26 jan. 2023.

ISASCA, Frederico. *A prisão preventiva e as restantes medidas de coação*. Coimbra: RPCC, ano 13, n. 3, jul./set. 2003.

KAFKA, Franz. *The trial*. Estados Unidos: Schocken Books Inc., 1995.

KHALED JR., Salah Hassan. *O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório?* Porto Alegre: Civistas, vol. 10, n. 2, mai./ago. 2010. Disponível em <https://www.redalyc.org/pdf/742/74221650008.pdf>. Acesso em 14 dez. 2022.

KOIFMAN, Fábio. *Presidentes do Brasil (de Deodoro a FHC)*. Rio de Janeiro: RIO, 2002.

LIMA, Lana Lage da Gama. *O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição: o suspeito é o culpado*. Curitiba: Revista de Sociologia e Política, n. 13, nov. 1999. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/vSgDrG75Lkj7C9WzXgp3xfB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 18 jul. 2023.

LIMA, Kant. *Ordem pública e pública desordem*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Anuário Antropológico n° 88, 1991. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7396647>. Acesso em 23 jan. 2023.

LIMA, Rafael Catani. *A ordem pública como fundamento da prisão preventiva e o estado inquisitivo de Direito*. Pernambuco: Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas, vol. 5, n. 1, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: vol. único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LIMA, Roberto Kant de. *Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial no Brasil*. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 4, n. 10, p. 65-84, 1989.

LAGES, Livia Bastos; RIBEIRO, Ludmila. Os determinantes da prisão preventiva na Audiência de Custódia: reforço de estereótipos sociais?. São Paulo: Revista de Direito GV, vol. 15, n. 3, 2019. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/P9RFdXM8RgtrBSK59hcS6LM/?lang=pt>. Acesso em 26 jan. 2023.

LASSALLE, Ferdinand. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. *A instrumentalidade garantista do processo penal*. Santa Catarina: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, 2001. Disponível em

https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/22131/2/A_Instrumentalidade_Garantista_do_Processo_Penal.pdf. Acesso em 19 dez. 2022.

LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2022.

LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. Santiago S. Melendo e Marino A. Redín° Tomos I e V. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 1996.

MARCOCCI, Giuseppe. *A fundação da Inquisição em Portugal: um novo olhar*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, n. 23, 2011. Disponível em <https://journals.ucp.pt/index.php/lusitaniasacra/article/view/5696>. Acesso em 18 jul. 2023.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal* – vol. 1. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2003.

MARTELETO FILHO, Wagner. *Sistema acusatório e garantismo* – uma breve análise das violações do sistema acusatório no Código Processo Penal. Belo Horizonte: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 12, 2009. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/16015839.pdf>. Acesso em 19 dez. 2022.

MASSENA, Caio Badaró. *Prisão preventiva e standarts de prova: propostas para o processo penal brasileiro*. Brasília: Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 7, n. 3, set./dez. 2021. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rbdpp/a/FbPMLdhn8QC4FjF8JrPH4Rz/?lang=pt>. Acesso em 26 jan. 2023.

MAYER, Julio. *Derecho processual penal argentino*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

MCCRUDDEN, Christopher. *In pursuit of human dignity: an introduction to current debates*. In: MCCRUDDEN, Christopher (ed.). *Understanding human dignity*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. Forense: São Paulo, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1990.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – direitos fundamentais*: Tomo IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MIRANDA, Jorge Miranda; MEDEIROS, Rui. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2019.

MIRANDA FILHO, Mário. *Politeia e virtude no republicanismo clássico*. São Paulo: Lua Nova, n. 38, dez. 1996. Disponível em <https://www.scielo.br/j/ln/a/zTb7f5RFYNWj3d6kkrGJpDG/?lang=pt>. Acesso em 23 jan. 2023.

MONTEIRO, Miguel Nuno Galiza Carneiro Aranda. *A medida de coação de prisão preventiva em Portugal – reflexões sobre a privação da liberdade do presumido inocente*. Minho: Universidade do Minho, Escola de Direito, jul. 2019. Disponível em http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/68870/1/Tese_Final.pdf. Acesso em 08 fev. 2023.

MONTESANO, Giuseppe. *II progetto rocco di nuovo codice penale*. Roma: Società Tipografica, 1929.

NASCIMENTO, Artur Gustavo Azevedo do. *Processo Penal Brasileiro: sistema acusatório ou inquisitivo garantista?* São Paulo: Olibat, 2008. Disponível em

https://www.olibat.com.br/documentos/Processo_Acusatorio_ou_Misto.pdf. Acesso em 19 dez. 2022.

NASCIMENTO, Stephany. *Sistema carcerário brasileiro: a realidade das prisões no Brasil*. São Paulo: Politize. Publicado em 10 mar. 2022. Disponível em <https://www.politize.com.br/sistema-carcerario-brasileiro/>. Acesso em 26 jan. 2023.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Forense, 2021.

OLIVEIRA, Alexandre Luiz Alves de. *A dignidade da pessoa humana e o princípio da presunção de inocência penal*. In: PINTO, Felipe Martins (Coord.). *Presunção de Inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau*. 2. tiragem. Minas Gerais: Editora Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2020.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *As Medidas de Coacção no Novo Código de Processo Penal*. [S.l.]: Jornadas de Direito Processual Penal: o novo Código de Processo Penal, CEJ, Almedina, 1989.

]

ORWELL, George. *Fascismo e democracia: o próprio conceito de verdade objetiva está desaparecendo do mundo...esta perspectiva me assusta muito mais do que as bombas*. São Paulo: Montecristo Editora, 2021.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PAINE, Thomas. *Rights of Man*. Estados Unidos: Binker North, 1791.

PASTORAL CARCERÁRIA. *Número de presos no Brasil ultrapassa 900 mil: a quem serve o encarceramento em massa?* [S.l.]: Pastoral Carcerária. Publicado em 8 jun. 2022. Disponível em <https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/numero-de-presos-no-brasil-ultrapassa-900-mil-a-quem-serve-o-encarceramento-em-massa>. Acesso em 14 dez. 2022.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

PIJOAN, Elena Larrauri. “Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión”. In. BACIGALUPO, Silvina; MELIÁ, Manuel Cancio (Coord.). *Derecho penal y político transnacional*. Barcelona: Editora Atelier, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIRES, Francisco Lucas. *A ordem pública e a ordem política em Portugal*. Lisboa: Comum, Repositório Comum, Instituto de Defesa Nacional, ano I, n. 1, jul. 1976. Disponível em https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/2974/1/NeD01_FranciscoLucasPires.pdf. Acesso em 23 jan. 2023.

PLATÃO. *A República*. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000.

PLATÃO. *The trial and death of Socrates*. Estados Unidos: Indoeuropeanpublishing.com, 2009.

PRADO, Geraldo. *Excepcionalidade da prisão provisória – Comentários aos artigos 311- 318 do CPP, na redação da Lei 12.403/11*. In. FERNANDES, Og. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luis Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *O fator “credibilidade” na prisão preventiva: a pessoa humana como meio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1011, jan. 2020. Disponível em http://regisprado.com.br/resources/CREDIBILIDADE_PRISAO.pdf. Acesso em 30 jan. 2023.

PORTUGAL. *Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as mulheres e a violência doméstica – Relatório Sombra das ONG ao Comité Grevio*. Lisboa: Conselho da Europa, 2020. Disponível em https://plataformamulheres.org.pt/site/wp-content/ficheiros/2018/11/Relatorio_Sombra_GREVIO_para_site.pdf. Acesso em 05 set. 2023.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa – VII Revisão Constitucional [2005]. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 17 jan. 2023.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro – Código de Processo Penal. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=199A0202&nid=199&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=%23artigo. Acesso em 23 jan. 2023.

PORTUGAL. Lei nº 115, de 12 de outubro de 2009. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis. Acesso em 26 jan. 2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (Unanimidade). *Habeas corpus* nº 07P403. Nº Convencional JSTJ000. Rel. Souto de Moura. Julgado em 31 jan. 2008. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/acb1bd4ca3b4bab7802573e9003859b1?OpenDocument>. Acesso em 30 jan. 2023.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa – VII Revisão Constitucional [2005]. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 17 jan. 2023.

PORTUGAL. Código de Processo Penal: atualizado e legislação complementar. In. CORREIA, António Simões Correia. Lisboa: Ferin, 1947.- 644 p.; 24 cm – Aprovado pelo Decreto 16489, de 15 de Fevereiro de 1929.

PORTUGAL. Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=929&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em 02 abr. 2023.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 48/95. Diário da República n.º 63/1995, Série I-A de 1995-03-15. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>. Acesso em 25 mai. 2023.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47344. Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>. Acesso em 25 mai. 2023.

PORTUGAL. Lei nº 59/2008, de 11 de setembro. Diário da República n.º 176/2008, Série I de 2008-09-11, páginas 6524 – 6630. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/59-2008-453975>. Acesso em 25 mai. 2023.

PORTUGAL. Lei nº 58/2019, de 8 de agosto. Diário da República n.º 151/2019, Série I de 2019-08-08, páginas 3 – 40. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/58-2019-123815982>. Acesso em 25 mai. 2023.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *Prisão Preventiva: A contramão da modernidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PRADO, Luis Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *O fator “credibilidade” na prisão preventiva: a pessoa humana como meio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1011, jan. 2020. Disponível em http://regisprado.com.br/resources/CREDIBILIDADE_PRISAO.pdf. Acesso em 30 jan. 2023.

RANGEL, Paulo. *O garantismo penal e o aditamento à denúncia*. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, vol. 4, n. 13, 2001. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/79115818.pdf>. Acesso em 31 jan. 2023.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Código de Processo Penal – Lei nº 24, de 15 de agosto de 1898. Disponível em <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/479/95044.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 02 abr. 2023.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Consensualismo e prisão*. Coimbra: Documentação e Direito Comparado, n. 79/80, 1999.

RODRIGUES, Maria de Lurdes; SILVA, Pedro Adão e. *A constituição e as políticas públicas em Portugal*. Lisboa: Sociologia, Problemas e Práticas, NE 2016, p. 23-32. Disponível em <https://journals.openedition.org/spp/2578>. Acesso em 19 jul. 2023.

RODRIGUES, Maria de Lurdes; SILVA, Pedro Adão e. *Políticas Públicas em Portugal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2012.

ROLDÁN PARDO, Juan Felipe. *El estado de la arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del derecho internacional privado y el arbitraje internacional*. [S.l.]: Revista de Derecho Privado, n. 44, jul./dez. 2010.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Brasília: Tribunal de Justiça, 2006.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SAGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SARAIVA, Antonio José. *Inquisição e Cristãos-Novos*. Lisboa: Editorial Estampa, 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang (et al.). *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. São Paulo: Editora Fórum, 2016.

SCHUNEMANN, Caio César Bueno. “*Estado de coisas inconstitucional*” e diálogo no Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, n. 7, 2016. Disponível em https://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2019-10/2016005estadodecoisasinconstitucionaleodialogonosupremotribunalfederal.pdf. Acesso em 08 fev. 2023.

SILVA, Antonio Wardison C. (et al.). *Aspectos da inquisição medieval*. São Paulo: Revista de Cultura Teológica, vol. 19, n. 73, jan./mar. 2011. Disponível em <https://revistas.pucsp.br/index.php/culturateo/article/view/15354/11470>. Acesso em 18 jul. 2023.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico* – vol. II (D – I). Rio de Janeiro: Forense, 1973.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico* – vol. III (J-P). São Paulo: Forense, 1973.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico* – vol. IV (Q – Z). São Paulo: Forense, 1973.

SILVA, Fernando. *Prisão preventiva – análise de direito comparado*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, Repositório Institucional Camões, Oservare, 2004. Disponível em <https://repositorio.ual.pt/handle/11144/1605>. Acesso em 14 fev. 2023.

SILVA, Franklyn Roger Alves. *O princípio da correlação no processo penal à luz da Lei nº 11.719/08*. Rio de Janeiro: Período da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. V, 2010.

SILVA, Germano Marques da. *Sobre a liberdade no processo penal ou do culto da liberdade*. In. ANDRADE, Manuel da Costa (Org.). *Liber discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SILVA, Germano Marques da Silva. *Direito Processual Penal Português- Noções Gerais - Sujeitos Processuais e Objecto*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2020.

SILVA, Luís Antonio da Gama e. *A Ordem Pública em Direito Internacional Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1944.

SILVA, Rogério Rodrigues da; PÉTTA, Ana Paula de. *A iniciativa instrutória do juiz no inquérito policial e na instrução criminal*. Suzano: Revista Interfaces, ano 2, n. 2, out. 2010. Disponível em http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170419174801.pdf. Acesso em 15 dez. 2022.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública*. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito UFMG, n. 67, jul./dez. 2015.

SILVEIRA, José Francisco Olios da. *A prisão preventiva e a garantia da ordem pública*. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, [s.d.]. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_04_89.pdf. Acesso em 26 jan. 2023.

SOUSA, João Castro e. *Os meios de coação no novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. Brasília: Revista da Escola Nacional de Magistratura, n. 1, p. 92-118, abr. 2006. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/20687/onda_reformista_direito_positivo.pdf. Acesso em 18 jul. 2023.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal – vol. III*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando. *Considerações sobre a prisão preventiva*. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público, vol. 19, 2004, p. 135-147. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2791465/Fernando_Tourinho_Filho.pdf. Acesso em 25 mai. 2023.

TUCCI, Rogéria Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

ZACKSESKI, Cristina. *A construção do conceito de ordem pública nas políticas de segurança dos distritos federais do Brasil e do México (1980-2005)*. Brasília: Universidade de Brasília, Doutorado em Estudos Comparados sobre as Américas, Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito penal do inimigo e terrorismo*. Lisboa: Almedina, 2019.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Os desafios do Direito do século XXI: violência, criminalização, consenso, tutela digital e laboral*. Coimbra: Almedina, 2019.

VALENTE, Manuel. *Prisão Preventiva. Teoria Geral e Prática*. Lisboa: Edições Almedina, 2006.

VALENTE, Manuel. *Direito Processual Penal e Ordem Pública*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2010.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.