A RELAÇÃO ENTRE A PRISÃO PREVENTIVA E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

THE RELATIONSHIP BETWEEN PREVENTIVE PRISON AND THE
CONSTITUTIONAL GUARANTEE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE

João Pedro Correa da Nóbrega¹

<https://doi.org/10.55839/2358-7008RCDv12n2pa2-36>

RESUMO

O trabalho foi desenvolvido com o objetivo de analisar criticamente o instituto da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que uma parcela significativa da população carcerária é formada por presos provisórios. De início pretende-se analisar o instituto da prisão preventiva para em seguida trazer a garantia constitucional da presunção de inocência, correlacionando-as. Será feita também uma análise a respeito da ausência de limite máximo para a duração da prisão preventiva, fazendo uma leitura do princípio da presunção de inocência como proporcionalidade para que se diferencie a prisão processual e a prisão para cumprimento de pena.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Presunção de inocência. Limite de duração da prisão preventiva.

ABSTRACT

This work was developed with the aim of critically analyzing pre-trial detention in the Brazilian legal system, given that a significant portion of the prison population is made up of pre-trial detainees. Initially, we intend to analyze the institute of pre-trial detention and then bring in the constitutional guarantee of the presumption of innocence, correlating them. An analysis will also be made of the absence of a maximum limit for the duration of pre-trial detention, reading the principle of the presumption of innocence as proportionality in order to differentiate between procedural detention and detention to serve a sentence.

Keywords: Pre-trial detention. Presumption of innocence. Limit on the length of pre-trial detention.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo (FDRP-USP) e Advogado. E-mail: jp2nobrega@usp.br

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva verificar criticamente a prisão preventiva no Brasil, com o objetivo de fazer uma relação entre a prisão preventiva e a garantia constitucional da presunção de inocência.

O tema analisado é de extrema importância no debate jurídico contemporâneo, uma vez que a prisão preventiva, apesar de ser um instrumento que deveria ser excepcional, tem sido decretada de forma corriqueira, de modo que uma parcela significativa da população carcerária é feita de presos provisórios. Segundo o Relatório de Informações Penais (RELIPEN) do 1º semestre de 2024 publicado pela Secretaria Nacional de Políticas Penais, órgão específico do Ministério da Justiça e Segurança Pública, a população prisional era composta de no total 663387 presos, sendo 183781 presos provisórios, de tal forma que aproximadamente 27,7% da população carcerária brasileira era formada por presos provisórios.

Dessa forma, analisar tanto o instituto é fundamental, assim como a adequação de tal instituto ao princípio da presunção de inocência. Para tanto pretende-se explicar a garantia constitucional da presunção de inocência, conectando-a ao instituto da prisão preventiva e a proposta de releitura do princípio da presunção de inocência como proporcionalidade, de modo a estabelecer uma não equivalência entre a prisão processual e a prisão para cumprimento de pena.

Assim, a prisão preventiva será analisada sob um ponto de vista crítico, analisando compatibilidade de tal instituto diante da garantia constitucional da presunção de inocência, que pode ser lida como uma forma de estabelecer distinção entre o encarceramento provisório e o cumprimento da pena.

2 A PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes da Lei 12.403/2011, o sistema de medidas cautelares pessoais gravitava em torno da prisão preventiva, que por excelência é a prisão cautelar. A partir da supracitada lei houveram mudanças drásticas no sistema das prisões cautelares. Como principais mudanças se destacam que a prisão em flagrante perdeu a sua autonomia, um novo regime quanto a prisão preventiva foi adotado, sendo necessário observar diversos fatores para que ocorra a decretação da prisão preventiva, passando a ser a última medida cautelar a ser adotada nos feitos criminais. O artigo

319 do Código de Processo Penal determina que somente quando forem insuficientes medidas cautelares diversas da prisão preventiva ela poderá ser decretada, sendo que isso se aplica inclusive em caso de crimes hediondos. Assim, a partir da reforma, a prisão preventiva passou a ser a *ultima ratio* do sistema cautelar criminal (SILVEIRA, 2015).

A prisão cautelar, que tem como o seu tipo clássico a prisão preventiva, está presente em todos os ordenamentos jurídicos, sendo tida como um mal necessário e atualmente representa a intromissão mais grave que o Estado pode realizar sobre a esfera de liberdade do indivíduo anteriormente a uma sentença penal condenatória definitiva. Ela consiste na privação total da liberdade de ir e vir do indivíduo, por meio de sua inclusão em uma unidade prisional, enquanto ocorre a tramitação de um processo penal. Consequentemente, essa privação de liberdade estará justificada apenas se for absolutamente imprescindível para que haja a defesa dos bens jurídicos fundamentais e com a condição que não haja outros mecanismos menos gravosos para efetivação de tal defesa (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

A prisão preventiva ser utilizada somente em casos de extrema necessidade é um indicativo de respeito aos direitos fundamentais, tendo em vista que deve ser mínima a intervenção estatal no âmbito dos direitos individuais, podendo ser justificada apenas diante de risco do imputado ilicitamente interferir na persecução penal (ao destruir documentos, subornar agentes estatais, ameaçar testemunhas, etc) ou se ausente a aplicação da Lei Penal. Tecnicamente, a função da prisão preventiva é a garantia da efetividade do poder público que se materializa pela sentença e que deverá ser devidamente cumprida quando o processo for concluído (SILVEIRA, 2015).

O indivíduo que figura como réu no processo penal jamais pode ser tratado como condenado, tendo em vista que inexistente sentença penal condenatória, por isso a prisão preventiva sempre terá seus efeitos sobre um inocente, status que poderá inclusive ser confirmado por meio de uma sentença absolutória. Por isso, para que tal medida cautelar seja compatível com os direitos fundamentais, ela só poderá ser aplicada em casos excepcionais quando houver a comprovação da necessidade (SILVEIRA, 2015).

Sendo a prisão preventiva uma medida cautelar, e sabendo que as medidas cautelares existem com o objetivo de garantir o desfecho do processo e assegurar a sentença, tais medidas sempre estarão conectadas à proteção do imputado por meio do respeito às suas garantias e direitos fundamentais. É fundamental no processo penal que se compreenda que as medidas cautelares possuem caráter instrumental, sendo que nenhuma delas tem um fim em si mesmas, por serem em sentido amplo dispositivos com o propósito de proteger os interesses processuais

durante a persecução penal, sendo que a prisão preventiva sempre deverá ser preterida por outras medidas cautelares menos severas quando elas forem suficientes para acautelar o processo (SILVEIRA, 2015).

Existem diversos motivos para a prisão preventiva ser eleita como a *ultima ratio* do sistema cautelar criminal. Em princípio, o encarceramento provisório afeta quase todos os direitos fundamentais ou humanos. Não só incide na liberdade pessoal, como também na igualdade, não apenas pela perspectiva distante que aqueles que cometem crimes sejam principalmente os que são oriundos de setores menos favorecidos da sociedade, mas também pelo estigma que representa para a vida de uma pessoa a passagem pela prisão, tornando-a desigual perante a sociedade. Também são afetados pela prisão preventiva o direito à vida e a integridade física e moral, que proíbe tratamentos e penas degradantes ou desumanos, uma vez que a privação de liberdade por ter como conteúdo uma pena possui um caráter desumano e também é degradante para a pessoa. O direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e a própria imagem pessoal restam afetados pela prisão provisória, pois ela difama e obsta a intimidade pessoal, e principalmente familiar. O direito ao devido processo também é afetado porque pode ocorrer uma defesa defeituosa, de modo a não obter a tutela judicial efetiva dos juízes (SANGUINÉ, 2003 *apud* AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Existem alguns princípios que devem ser respeitados para que haja a decretação da prisão preventiva, como o princípio da presunção de inocência, o princípio da jurisdicionalidade, que determina que somente o juiz natural competente pode decretar a prisão preventiva, princípio da provisionalidade, que diz respeito ao caráter situacional da prisão preventiva, que tutela uma situação fática que, ao deixar de existir, deve causar a libertação do imputado, princípio da provisoriedade, que determina que a prisão deve ser de curta duração e temporária, princípio da excepcionalidade, que diz que a prisão preventiva é a *ultima ratio* do sistema, e o princípio da proporcionalidade, que estabelece a comparação entre a finalidade pretendida e a gravidade da constrição (SILVEIRA, 2015).

Apesar de não haver previsão expressa, toda prisão preventiva (e medida cautelar, de uma forma geral) exige a proporcionalidade entre a pena a ser aplicada ao final do processo e a prisão cautelar (BADARÓ, 2021). Tal condição para a decretação da prisão preventiva decorre do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também denominado de princípio da homogeneidade das medidas cautelares (GOMES; MARQUES, 2011 *apud* LEAL, 2018). Tal princípio prevê que não pode ser irrazoável a aplicação de uma medida legislativa para que uma finalidade seja alcançada. Dessa forma, o princípio da homogeneidade seria a expressão

Revista Reflexão e Crítica do Direito, v. 12, n. 2, p. 2-36, ago/dez. 2024 ISSN 2358-7008

da justiça diante do caso concreto, objetivando encontrar o equilíbrio entre os interesses antagônicos, ou seja, adoção de uma medida justa para que se alcance um fim, havendo o sopesamento das desvantagens dos meios utilizados em relação às vantagens do fim (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Deve-se colocar em uma equação os meios e fins por meio de um juízo de ponderação, com a finalidade de analisar se há proporcionalidade ou não no meio utilizado. Isso significa fazer uma ponderação entre os interesses conflitantes, isto é, os interesses do indivíduo em relação aos interesses do Estado e comprovar se a interferência nos interesses individuais é proporcional ou razoável quanto à importância do interesse estatal que se tenta proteger. Objetiva-se, assim, impedir que o afetado venha a ser sobrecarregado com uma medida que seja uma exigência excessiva para ele (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Tal princípio é aplicado com o intuito de determinar por meio do uso de técnicas de contrapeso de bens ou valores e a ponderação de interesses mediante as circunstâncias do caso concreto, conferindo se há uma relação razoável entre os interesses e bens em conflito, de tal forma que a restrição estabelecida não seja desproporcional diante da importância do interesse estatal que se busca defender. Caso se pondere que o sacrifício imposto no caso concreto é excessivo, ainda que haja adequação e necessidade da medida restritiva, esta será considerada inadmissível (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Dessa forma, ainda que diante das hipóteses de cabimento de prisão preventiva do artigo 313 do Código de Processo Penal, caso a prisão preventiva for mais grave que a pena que pode ser imposta ao final do processo, a medida não terá o caráter instrumental e acessório inerente à medida cautelar. Mesmo em relação à provisoriedade, não é admissível que a medida provisória seja mais gravosa que a medida definitiva que a substituirá e que ela deve preservar (BADARÓ, 2021).

Ainda que se esteja diante de uma das hipóteses de cabimento da prisão preventiva (artigo 313 do Código de Processo Penal) e que hajam o pressuposto positivo (artigo 312), o pressuposto negativo (artigo 314) e um dos requisitos da prisão preventiva (artigo 312), somente será cabível a prisão se existir a previsão de cumprimento de pena privativa de liberdade em regime de encarceramento. Se não fosse desta maneira, mesmo diante de infração penal de menor potencial ofensivo (como injúria), na qual no fim uma sanção que supere a pena de multa não será possível, poderia haver a prisão preventiva do acusado por existir dúvida a respeito da sua identidade. O mesmo seria possível quanto a um crime culposos (como um incêndio culposos), ou um crime doloso punível com detenção (como alteração ou supressão de

Revista Reflexão e Crítica do Direito, v. 12, n. 2, p. 2-36, ago/dez. 2024 ISSN 2358-7008

marcas em animais) ou reclusão (como furto simples), se for possível prognosticar que, no desfecho do processo, haverá substituição da eventual pena privativa de liberdade por pena alternativa ou ainda poderá ser suspensa devido o *sursis*. Nestes casos, a prisão preventiva não terá cabimento (BADARÓ, 2021).

Assim, quando se antecipar que ao final a pena imposta não será provavelmente uma pena privativa de liberdade ou haverá a suspensão da execução desta, baseado em cognição sumária, jamais poderá ser imposta a prisão preventiva. Se o acusado ao final do processo não terá que cumprir uma pena privativa de liberdade não caberá a prisão preventiva, ainda que a pena máxima cominada seja maior que quatro anos (artigo 313, *caput*, inciso I), haja reincidência do acusado em crime doloso (artigo 313, *caput*, inciso II) ou mesmo quando se está diante de crime de violência doméstica (artigo 313, *caput*, inciso III). Ainda em caso de dúvida a respeito da identidade do acusado ou investigado (Código de Processo Penal, artigo 313, parágrafo único). Todavia, em tese diante de tais situações a imposição de medida cautelar diferente da prisão (Código de Processo Penal, artigos 319 e 320) será cabível a depender da verificação das situações concretas (BADARÓ, 2021).

O princípio da homogeneidade também já foi utilizado como fundamento de decisões do Superior Tribunal de Justiça, que inclusive fixou a seguinte tese a partir da análise da jurisprudência do tribunal na edição número 32 do “Jurisprudência em Teses”, em que foram analisadas as decisões proferidas nos julgamentos do HC 303185/MT, HC 179812/MS, RHC 052407/RJ, RHC 049916/SP, HC 244825/AM, RHC 034226/RJ e HC 251846/SP: “A prisão preventiva não é legítima nos casos em que a sanção abstratamente prevista ou imposta na sentença condenatória recorrível não resulte em constrição pessoal, por força do princípio da homogeneidade”. A exemplo do voto do relator Ministro Rogerio Schietti Cruz em decisão unânime tomada no julgamento do HC Nº 303.185 - MT:

Isso porque, segundo o princípio da homogeneidade – corolário do princípio da proporcionalidade –, mostra-se ilegal a prisão cautelar quando essa medida for mais gravosa do que a própria sanção a ser aplicada em caso de eventual condenação. Vale dizer, o juiz não pode manter um encarceramento com intensidade mais grave do que aquele que lhe seria infligido caso fosse realmente considerado culpado, sob pena de tornar a medida cautelar mais gravosa do que o esperado com o resultado final do processo.

Tal entendimento jurisprudencial demonstra a importância de se levar em consideração o princípio da proporcionalidade (também denominado princípio da homogeneidade) ao se decretar a prisão preventiva, uma vez que não deve ser aplicado o encarceramento preventivo

em casos cuja sanção prevista abstratamente não seja de constrição pessoal, sob pena de aplicar medida cautelar mais gravosa do que o resultado final do processo.

Pode-se afirmar de forma geral que é necessária a existência de um pressuposto positivo para que se decrete a prisão preventiva, o que significa dizer que há o *fumus commissi delicti* formado pela evidência suficiente de autoria e prova de existência do crime, além disso é necessária ao menos uma das hipóteses de *periculum libertatis* presente no mesmo dispositivo, ou seja, um dos seguintes requisitos: garantia da ordem pública, assegurar a aplicação da lei penal, garantia da ordem econômica ou por conveniência da instrução criminal (artigo 312, *caput*). Também há o pressuposto negativo previsto no artigo 314 do Código de Processo Penal, consistente em não podendo o agente ter praticado o fato acobertado pelas excludentes de ilicitude previstas nos incisos I, II e III do *caput* do artigo 23 do Código Penal. Tudo isso só justificará a prisão preventiva caso seja uma das hipóteses de cabimento estabelecidas pelo artigo 313 do CPP (BADARÓ, 2021).

Segundo o artigo 311 do CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada tanto no curso da ação penal quanto na fase de inquérito policial. A respeito da decretação da prisão preventiva na fase de inquérito policial, desde a Lei 12.403/2011, a partir da transformação da prisão em flagrante em medida pré-cautelar, e, se na sua judicialização constata-se que é necessária a imposição de medida cautelar, sendo a medida extrema de prisão a única adequada, a conversão da prisão em flagrante em prisão temporária não será possível, de modo que o único caminho possível será a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (CPP, artigo 310, *caput*, inciso I, primeira parte) (BADARÓ, 2021).

Entretanto, continua a ser verdadeira a premissa de que existindo o *fumus commissi delicti* para que haja a conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva, terá justa causa para a ação penal, de modo que o não oferecimento da denúncia e o retorno dos autos à polícia com o pedido de prazo para a execução de diligência caracterizará constrangimento ilegal, pois isso aponta a não imprescindibilidade da diligência para que a denúncia seja oferecida, pela existência de *fumus commissi delicti* e justa causa para ação penal, ou se a diligência for de fato imprescindível, não haverá justa causa ainda e também o pressuposto do artigo 312 do CPP (BADARÓ, 2021).

O Ministério Público e o querelante (no caso de ação penal privada) possuem legitimidade para requerer a prisão preventiva, tendo em vista que as medidas cautelares podem ser requeridas pelas partes na ação penal para instrumentalizá-la, caso haja necessidade de tutela cautelar. Em adição, o assistente de acusação possui legitimidade para requerer a prisão

preventiva segundo o artigo 311 do CPP, apesar de tal previsão ser incompatível com o papel de parte secundária (ou *ad coadjuvandum*) do assistente. Apenas a parte acusadora, ou seja, o Ministério Público na ação penal pública, ou querelante, tratandose na ação penal privada, podem promover a ação penal e, por conseguinte, medidas cautelares que possam assegurar a eficácia e utilidade da mesma. Poderia haver a situação contraditória do Ministério Público como parte principal do processo se opor à prisão, porém o assistente, que é parte secundária e subordinada ao interesse do Ministério Público, requerer a prisão (BADARÓ, 2021).

Quanto ao juiz há uma restrição a possibilidade de decretação de prisão preventiva *ex officio* criada pela Lei 13.964/2019, de modo que o juiz não poderá decretar de ofício prisão ou outra medida cautelar, durante a investigação ou no curso da ação penal (CPP, artigo 311, c.c. o artigo 282, § 2º), só podendo fazê-lo atendendo a requerimento do Ministério Público ou a representação de autoridade policial. Tal restrição se mostra acertada tendo em vista que diante de um processo penal acusatório, em que as funções são claramente separadas, não se pode admitir que o juiz tenha poderes para de ofício decretar medidas cautelares, principalmente durante a investigação, quando não há nem mesmo imputação formulada pelo Ministério Público ou querelante. Caso o juiz decretasse a prisão em tal contexto, teria a sua imparcialidade comprometida. O Supremo Tribunal Federal ao julgar o *Habeas Corpus* 188.888/MG se posicionou nesse sentido diante da Lei 13.964/2019, não sendo mais possível que o juiz de ofício faça a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, sendo necessária a provocação do Ministério Público, ou do querelante, ou da autoridade policial ou do assistente do Ministério Público (BADARÓ, 2021).

É possível representação pela decretação da prisão preventiva pela autoridade policial (CPP, artigo 311, parte final), não se tratando de requerimento, mas sim de representação tendo em vista que a autoridade policial não é parte e, portanto, não formula pretensão alguma, dirigindo a sua representação ao Ministério Público para que ele, caso a considere correta, faça o requerimento de prisão preventiva. Se o Ministério Público se manifestar de forma contrária, não admitindo a representação da autoridade policial, a prisão preventiva não poderá ser decretada pelo juiz. (BADARÓ, 2021).

O artigo 312, *caput* do Código de Processo Penal prevê os pressupostos positivos para que haja a decretação da prisão preventiva, ou seja, ter prova da existência do crime e indicação suficiente de autoria, o que se convencionou chamar de *fumus commissi delicti*. Existem dois aspectos a serem considerados: a autoria e a existência de crime. Em relação à existência do crime, isto é, a materialidade delitiva é imprescindível a existência de “prova”, ou seja, a certeza

da existência do fato, o que é uma exceção às medidas cautelares, pois para que haja o *fumus boni iuris* existem fatos sobre os quais o juiz deve ter certeza, sendo que a probabilidade não basta. Em relação a autoria delitiva, não é necessária a certeza do juiz quanto a autoria, sendo suficiente a existência de elementos probatórios que possam indicar no momento da decisão que há “indício suficiente”, ou seja, probabilidade de autoria.

Destaca-se que a expressão indício significa uma simples “prova leve” ou mesmo uma prova de autoria semiplena (BADARÓ, 2021).

Existem também os pressupostos negativos para a decretação da prisão preventiva. Caso haja a constatação pelo juiz da prática do fato pelo agente acobertado por uma das excludentes de ilicitude (CPP, artigo 314) ou de culpabilidade, o juiz não poderá decretar a prisão preventiva, mesmo com a prática de um fato passível de prisão preventiva (CPP, artigo 313) e existindo a necessidade de medida cautelar (CPP, artigo 312, *caput*), de modo que permanecerá em liberdade o acusado ou investigado (BADARÓ, 2021).

Pelos motivos expostos hoje a regra prevista no artigo 314 do Código de Processo Penal que veda a prisão preventiva caso o juiz verifique que o agente praticou o fato sob as condições descritas nos incisos I, II e III do *caput* do artigo 23 do Código Penal deveria se tornar uma regra geral para qualquer medida cautelar. Deste modo, seria melhor situada como um dos parágrafos do artigo 282 do Código de Processo Penal. Porém, por ser característico da estrutura das medidas cautelares que se faça um prognóstico de condenação penal, não há óbice para que a regra prevista no artigo 314 tenha sua leitura e aplicação como regra geral a ser aplicada a todas as medidas cautelares, ante a pena de se impor a um acusado ou investigado uma medida cautelar quando inexistente o *fumus commissi delicti* (BADARÓ, 2021).

Pelos mesmos motivos, o que foi exposto acima também é aplicado às excludentes de culpabilidade: caso o agente tenha praticado o fato em condições de excludente de culpabilidade e o juiz verifique isto diante das provas dos autos, a decretação da prisão preventiva ou de outra medida cautelar não poderá ser feita, por analogia com o artigo 314 do Código de Processo Penal (BADARÓ, 2021).

Outra referência genérica válida para qualquer situação de *periculum libertatis* e, logo, característica de todos os quatro requisitos para que haja a decretação da prisão preventiva é o que é definido pela jurisprudência como “contemporaneidade” dos fundamentos ensejadores da prisão. Assim é que deve se dar a interpretação do novo § 2º do artigo 312 do Código de Processo Penal, acrescentado pela lei 13.964/2019. Os fatos que servem como justificativa para

a prisão preventiva devem ser contemporâneos à decisão que a decreta, tendo em vista que a urgência é o que traz a necessidade da medida cautelar porque caso não haja provimento imediato diante de uma necessidade não há sentido. Assim, o momento da decretação da prisão deve ser caracterizado por uma situação de perigo, que coloca a efetividade da tutela jurisdicional em risco ou a própria execução da atividade probatória, servindo como justificativa para a prolação de um provimento baseado em uma cognição sumária. Sendo o perigo atual, a espera do tempo necessário que ocorra o desenvolvimento de um processo com o período usualmente longo exigido pela atividade instrutória não será possível, por isso havendo a necessidade que se decida logo (BADARÓ, 2021).

3 OS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA: GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA, CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL, ALÉM DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR

A expressão “ordem pública” tem conteúdo indeterminado e é vaga. A falta de um referencial semântico que seja seguro para “garantia da ordem pública” traz risco à liberdade individual (BADARÓ, 2021). O perigo que o fundamento da ordem pública traz para a liberdade do indivíduo consiste no seu caráter demasiadamente genérico, que propicia ao julgador uma margem de interpretação exagerada, o que faz com que a proteção dos indivíduos contra o abuso de poder estatal representado pela figura do juiz fique em risco (SILVEIRA, 2015).

A escolha do legislador pela expressão “ordem pública” de conteúdo vago e indeterminado é explicada por uma contextualização histórica. Com a transformação das sociedades arcaicas em sociedades industriais e destas em sociedade contemporânea (pósmodernidade), as instituições responsáveis por garantir a generalização congruente de perspectiva de condutas relevantes penalmente foram alteradas. Por conseguinte, a forma de validade do sistema penal também sofreu mudanças. Mudaram os pressupostos e efeitos provocados da harmonização dos vários mecanismos de generalização. Por outro lado, tornou-se mais intensa a dependência de um aparato específico que selecione condutas penalmente relevantes sob o ponto de vista do risco (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Ou seja, pelo dinamismo e complexidade da sociedade atual ser superior ao das sociedades precedentes, a existência de mais dispositivos legais passou a ser uma necessidade, sendo que tais dispositivos dispunham sobre as situações novas e surpreendentes que surgiram durante e após a era moderna. Anteriormente, devido a maior simplicidade das sociedades e assim de suas instituições, haviam condições de o legislador dispor legislativamente a respeito das poucas situações existentes, por serem contextos existenciais de maior simplicidade. Durante a era pós-moderna, o legislador em sua condição de um simples ser humano viu as suas possibilidades esgotadas, não conseguindo dispor legislativamente a respeito de um universo dinâmico, diverso, paradoxal, inovador e inesperado. A partir do reconhecimento de sua própria limitação para legislar sobre tudo o que ocorre na sociedade, começou a utilizar termos genéricos, adicionando nas leis que formulava expressões de sentido vago, como “paz pública”, “bons costumes”, etc. Por isso não é surpreendente o uso da expressão “ordem pública” como requisito para a decretação da prisão preventiva, assim como o uso da expressão “ordem econômica” (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

A ordem pública está relacionada às finalidades da prisão preventiva que não se adequam às exigências de caráter cautelar, mas sim consistem em formas de privação da liberdade utilizadas como medidas de defesa social; diz-se em ‘exemplaridade’ na aceção de reação imediata ao delito, que tem como propósito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou com o objetivo de prevenção especial, ou seja, evitar novos crimes; uma primeira infração pode demonstrar que o acusado tem forte propensão às práticas delituosas ou apontar a prática possível de outras, direcionadas contra o acusado ou relativa à supressão de provas. Nesses casos torna-se claro que a prisão não se trata de instrumento a serviço do instrumento, mas sim uma forma de antecipar a punição, fundamentada por razões de ordem substancial e que presume o reconhecimento da culpabilidade (GOMES FILHO, 1991).

A análise a respeito da possível inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública (e da ordem econômica) recai sobre não se tratar de medida cautelar, como também por ser uma medida de polícia judicial que traz a antecipação da punição, o castigo, de forma desvinculada da questão controversa no processo (se o acusado é responsável penalmente pela conduta que lhe é imputada), servindo-se do processo como mero pretexto ou veículo para a imposição da privação de liberdade (PRADO, 2012 *apud* BADARÓ, 2021).

Para parte dos doutrinadores que defendem essa inconstitucionalidade, o conteúdo indeterminado das expressões “garantia da ordem pública” e “garantia da ordem econômica” é vedado quanto à matéria de restrição de liberdade por ir contra o princípio da legalidade, por

Revista Reflexão e Crítica do Direito, v. 12, n. 2, p. 2-36, ago/dez. 2024 ISSN 2358-7008

não permitir uma delimitação precisa do que é permitido ou proibido. Por isso, em face da pobreza de referências formais, que tornam possível a materialização das garantias no processo penal, é um grave problema a utilização de termos imprecisos, que possibilitam uma escolha livre pelos magistrados dos argumentos que justificam as prisões segundo a sua ideologia, de maneira independente a necessidade da medida (PRADO, 2011 *apud* SILVEIRA, 2015).

Porém, é inegável que os tribunais pátrios têm utilizado a prisão preventiva para a garantia da ordem pública de forma constante, ainda que com certas restrições. Geralmente, a prisão preventiva decretada com base somente na gravidade abstrata do delito, ainda que se trate de crime hediondo, não tem sido aceita. Adicionalmente, não tem sido aceito que se identifique a “ordem pública” com o “clamor público”, por antes se tratar de requisito somente para que não fosse concedida a liberdade provisória na redação anterior do artigo 323, inciso V do Código de Processo Penal, mas que não servia de fundamento para a decretação da prisão preventiva (BADARÓ, 2021).

É necessário analisar também que a Lei 12.403/2011 trouxe restrições ao espectro de hipóteses em que a garantia de ordem pública poderia fundamentar a prisão preventiva, pois o inciso I do *caput* do artigo 282, ao estabelecer os casos de necessidade cautelar, definiu que as medidas cautelares poderão ser decretadas apenas por “necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”. Assegurar a instrução criminal e aplicação da lei penal não são a finalidade da prisão para garantia da ordem pública, pois tais escopos estão previstos ao lado da garantia da ordem pública no próprio *caput* do artigo 312. Logo, a única interpretação que permite compatibilizar de maneira menos imperfeita o artigo 282, *caput*, inciso I com o *caput* do artigo 312 é a consideração que a prisão preventiva para “garantia da ordem pública” corresponde a um dos “casos expressamente previstos” em que a prisão é decretada “para evitar a prática de infrações penais”. Assim, mesmo para os que admitem a constitucionalidade da prisão para garantia da ordem pública, existiria uma restrição à sua aplicação aos casos em que se procura impedir a reiteração criminosa. Ou seja, o inciso I do *caput* do artigo 282 impede que se admitam como hipóteses de garantia da ordem pública situações que o aspecto vago da expressão “ordem pública” possibilitava, por exemplo, pronta reação ao delito, exemplaridade, aplacar o clamor público de proteção da própria integridade física do acusado, etc (BADARÓ, 2021).

A lei 8.884/1994 que, entre suas providências, estabeleceu regras sobre a repressão e prevenção às infrações contra a ordem econômica, adicionou ao artigo 312 do Código de

Revista Reflexão e Crítica do Direito, v. 12, n. 2, p. 2-36, ago/dez. 2024 ISSN 2358-7008

Processo Penal uma outra hipótese que autoriza a prisão preventiva: a prisão sob o fundamento de garantir a “ordem econômica”. A prisão preventiva para a garantia da ordem econômica vem sendo identificada com situações de crimes que abranjam golpes vultosos no mercado financeiro, que abalem a credibilidade do sistema financeiro ou na ordem econômica (BADARÓ, 2021).

Assim como a prisão preventiva para garantia da ordem pública, a prisão preventiva para garantia da ordem econômica não é uma medida cautelar. Não se trata de instrumento para assegurar o resultado do processo (cautela final) ou os meios (cautela instrumental), mas sim detém o propósito de possibilitar uma execução penal antecipada, com a finalidade de prevenção especial e geral, próprios da sanção penal e não das medidas cautelares (BADARÓ, 2021).

Deve-se frisar que nos crimes contra o sistema financeiro, estabelecidos pela Lei 7.492/1986, além dos requisitos definidos no artigo 312 do Código de Processo Penal, ainda existe outro fundamento legal para que se decrete a prisão preventiva, que é a “magnitude da lesão causada” (artigo 30). No entanto, por não deter natureza cautelar, tal critério é inconstitucional. Além do mais, caso a magnitude da lesão causada ao bem tutelado penalmente tivesse natureza cautelar, seria aplicável a qualquer delito. Ademais, ante a nova regra do artigo 282, *caput*, inciso I do Código de Processo Penal, a magnitude da lesão não se adequa à previsão das necessidades de toda a prisão cautelar: não se trata de cautela instrumental nem final, e não é considerada um dos “casos expressamente previstos” nos quais há a decretação da prisão “para evitar a prática das infrações penais” (BADARÓ, 2021).

As situações de prisão “por conveniência da instrução criminal” normalmente são as quais um acusado está subornando ou ameaçando peritos ou testemunhas, destruindo ou ocultando provas, ou procurando escapar de comparecer a atos de instrução cuja sua presença é necessária, a exemplo do reconhecimento pessoal. Diz respeito à prisão cautelar instrumental. Seu propósito não é assegurar diretamente que o resultado final do processo em si seja eficaz (como evitar a fuga que impossibilita o cumprimento da sentença), mas sim a conservação dos instrumentos (provas) ou meios para que se chegue ao resultado (sentença condenatória) (BADARÓ, 2021).

A partir da reforma da Lei 12.403/2011 a prisão preventiva como cautela instrumental passou a ter cabimento não somente caso para a “instrução criminal” seja necessária, ou seja, para que no curso do processo haja produção de provas, como também para que ocorra a

“investigação criminal”, isto é, que elementos de informação sejam colhidos durante o inquérito policial ou outro meio de investigação preliminar. Poderá ocorrer tal situação, por exemplo, quando no curso do inquérito policial o juiz converta a prisão em flagrante em prisão preventiva, conforme o artigo 310, *caput*, inciso II do Código de Processo Penal.

Todavia, a recusa do investigado ou acusado de colaborar com a instrução criminal não servirá de justificativa para a necessidade da prisão preventiva, por ser conveniente para a instrução ou investigação criminal, pois isso seria uma violação do direito de não produzir provas contra si mesmo, previsto no artigo 5º, *caput*, inciso LXIII da Constituição Federal. Não podem resultar consequências jurídicas negativas do exercício de um direito (BADARÓ, 2021).

A prisão preventiva sob o fundamento “para assegurar a aplicação da lei penal” é necessária para impedir que, ante a fuga provável do acusado, por temer a condenação, a futura execução da sanção punitiva venha a ser frustrada. O perigo da fuga se dá quando, por exemplo, há a preparação pelo acusado para deixar o domicílio, os bens imóveis são desfeitos, busca se obter passaporte, passagem aérea para o exterior é adquirida, ou de outro modo há a demonstração do desejo de viajar sem justificativa por outro motivo (a exemplo de uma lua de mel) ou se revela a outro o propósito de fuga. É uma hipótese de prisão cautelar que trata de alcançar os fins a que se destina: assegurar a eficácia e utilidade de um provável provimento condenatório, ante o *fumus commissi delicti*. É denominada tal situação de prisão cautelar final (BADARÓ, 2021).

O artigo 312 do Código de Processo Penal em seu § 1º prevê que caso haja o descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão é possível a decretação da prisão preventiva. Refere-se a hipótese de *periculum libertatis* que é adicionada às outras quatro com previsão no *caput* do artigo 312: garantia da ordem econômica, garantia da ordem pública, para assegurar a aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal. Todavia, entre elas existe uma fundamental diferença. Os conhecidos requisitos que atestam o perigo de liberdade, definidos pelo *caput* do artigo 312, dão a autorização para a decretação, desde o princípio, da prisão preventiva. Isto é, tais hipóteses permitem a prisão desde o início. São requisitos de *periculum libertatis* que autorizam que a prisão preventiva seja decretada originariamente. Já em relação à situação trazida pelo § 1º permite a decretação da prisão preventiva de modo a substituir uma medida alternativa caso haja o descumprimento desta. Assim, não é uma situação que permita a decretação da prisão preventiva desde o início. Pelo contrário, exige-se uma situação originária que necessitasse de uma medida cautelar, mas que fosse adequada medida alternativa à prisão, e por tal medida ser descumprida, e que era originalmente adequado (como

a proibição de saída da comarca), terá como consequência que a necessidade de cautela seja reforçada com a exigência de uma medida ainda mais restritiva, no caso, a prisão preventiva (BADARÓ, 2021).

O simples descumprimento não pode ser aceito como o bastante para que o juiz possa (ou que seria ainda pior, deva) decretar a prisão preventiva. Se essa for a interpretação quanto ao dispositivo, seria uma hipótese de *periculum libertatis* abstrato, a despeito da análise do perigo diante do caso concreto. Existe uma diversidade de medidas alternativas à prisão, uma medida de pouca restrição ser descumprida não parece servir de justificativa *ope lege* para que medida excepcional seja imposta. A necessidade de medida cautelar exigida pelo caso pode ser resolvida por uma medida intermediária. No entanto, existem casos de descumprimentos graves e hipóteses de desvios pequenos. Nestes últimos, a substituição por outra medida cautelar mais gravosa ou a cumulação com outra medida podem bastar (BADARÓ, 2021).

4 A REVISÃO PERIÓDICA E REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

O Código de Processo Penal na primeira parte de seu artigo 316 dispõe que: “ O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista”. A prisão preventiva poderá e deverá ser decretada sempre que necessária. Entretanto, ao se tornar desnecessária, a sua revogação deverá ocorrer. Apesar da prisão preventiva não poder ser decretada de ofício pelo juiz, uma vez que ela seja decretada, ao se deferir o pedido da acusação ou do assistente de acusação, poderá ser de ofício revogada, conforme o § 5º do artigo 282 e o *caput* do artigo 316 do Código de Processo Penal (BADARÓ, 2021).

O relaxamento da prisão preventiva não deve ser confundido com a sua revogação. Será relaxada a prisão preventiva ilegal. A Constituição Federal prevê que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (artigo 5º, *caput*, inciso LXV), sendo diferente da revogação da prisão preventiva que, apesar de legalmente decretada, tornou-se desnecessária no curso da persecução penal (BADARÓ, 2021).

Assim, a título de exemplo será ilegal a prisão preventiva que foi decretada em processo penal cujo objeto seja crime culposos, diante da vedação do artigo 313, *caput*, do Código de Processo Penal. Poderia também se tratar de prisão originariamente legal, mas que se tornou ilegal durante curso do processo, por exemplo, caso houvesse excesso de prazo na duração da prisão preventiva, conforme o disposto no artigo 5º, *caput*, inciso LXXVIII da Constituição

Federal. Deste modo, seja por ilegalidade superveniente ou originária, haverá relaxamento da prisão ilegal (BADARÓ, 2021).

A prisão preventiva será revogada, por sua vez, quando ela foi legal e necessária, mas no decorrer do processo passou a ser desnecessária. Um clássico exemplo é a prisão preventiva para a conveniência da instrução criminal, pois a vítima ou testemunha está sendo ameaçada pelo acusado, e a prisão passa a ser desnecessária depois da audiência em que elas foram ouvidas (BADARÓ, 2021).

O artigo 316 em seu novo parágrafo único definiu novidade importantíssima ao prever a revisão periódica da necessidade de manutenção da prisão preventiva, no prazo máximo de 90 dias: “Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”.

Isso não significa, evidentemente, que a revisão da necessidade da medida não poderá ser feita pelo juiz antes de atingir o prazo máximo. Em qualquer momento poderá ser feita, como o *caput* do artigo 316 do Código de Processo Penal deixou claro. Caso não o faça pelo menos a cada 90 dias, deverá rever de ofício a necessidade de manutenção da medida. Será implicada a ilegalidade da prisão preventiva caso a revisão periódica deixe de ser feita (BADARÓ, 2021).

O dispositivo que objetiva um controle periódico da imprescindibilidade da prisão cautelar, que quanto mais tempo dure a prisão sem que haja condenação definitiva mais se mostra crítico, lamentavelmente vem sendo interpretado pela jurisprudência de modo restritíssimo, de modo que a revisão obrigatória da necessidade de manutenção da custódia cautelar a cada 90 dias conforme o parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal somente é imposta ao juiz ou tribunal que decreta a prisão preventiva (BADARÓ, 2021).

5 AS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A SUA RELAÇÃO COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição Federal de 1988 dispõe entre garantias e direitos individuais que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (artigo 5º, inciso LVII). A expressão “presunção de inocência” não é utilizada pela garantia constitucional, apesar de representar a formulação tradicional do princípio. Preferiu-se pela

fórmula da consideração de não culpabilidade. Diante desta diversidade terminológica, o preceito constitucional foi denominado “presunção de não culpabilidade” (BADARÓ, 2021).

Deve ser levantada a questão de saber se a maneira diversa de expressar o princípio é somente uma variação terminológica ou se há a implicação de alterar o conteúdo da garantia. Ou seja, a fórmula “presunção de não culpabilidade” revela um grau de proteção menor que a expressão “presunção de inocência”? Tal debate trouxe divergências doutrinárias. Para alguns autores, não foi adotada a presunção de inocência pela Constituição, enquanto que para outros o princípio da presunção de inocência equivale ao princípio de presunção de não culpabilidade por não ser possível distinguir o conteúdo de ambos (BADARÓ, 2021).

O conteúdo da presunção de inocência e da presunção de não culpabilidade não é diferente. Expressões “não culpável” e “inocente” são apenas variações semânticas de um idêntico conteúdo. É contraproducente e inútil tentar apartar tais ideias (se é que é possível tal feito), devendo a equivalência de tais fórmulas ser reconhecida. Buscar a distinção entre ambas é uma inútil tentativa do ponto de vista processual. Procurar tal distinção somente serve para expressar posturas reacionárias e um esforço nulo para que se retorne um processo penal que visa exclusivamente a defesa social, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito (BADARÓ, 2021).

Deve-se também definir, do ponto de vista dinâmico, em quais momentos da persecução penal há a incidência da presunção de inocência. O texto constitucional é claro ao delimitar o marco temporal final do princípio da presunção de inocência: “Ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (artigo 5º, inciso LVII) (BADARÓ, 2021).

Em novembro de 2019, ao julgar o mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, o Supremo Tribunal Federal reafirmou corretamente o posicionamento que adotou em 2009 quando julgou procedente a ação para firmar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, cuja redação foi dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. O resultado do julgamento na prática significou a reafirmação da presunção de inocência vigorar até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que teve como consequência, em termos de recurso, estabelecer que todo o recurso criminal contra acórdão ou sentença penal condenatória possua efeito suspensivo, de modo a evitar que a eficácia da sanção penal fosse liberada, impedindo a execução provisória da pena. Tal decisão se mostra correta diante dos termos claros e inequívocos da Constituição

Federal, que estabeleceu a presunção de inocência para todos até o “trânsito em julgado de sentença penal condenatória” no inciso LVII do *caput* do artigo 5º (BADARÓ, 2021).

Enfim, deve-se dar a definição do conteúdo da presunção de inocência, sendo possível diferenciar três significados de tal princípio: regra de tratamento do acusado, garantia política e regra probatória. De início, a garantia política talvez se trate da forma mais importante de analisar o princípio. Tendo em vista que o processo, e principalmente o processo penal, é um microcosmos que refletem a organização do sistema político e a cultura da sociedade. É inimaginável um Estado de Direito que não escolha por um processo penal acusatório e tenha necessariamente como consequência o *in dubio pro reo*. Trata-se de um fundamento estrutural e sistemático do processo acusatório a presunção de não culpabilidade. Atualmente reconhece-se o princípio da presunção de inocência como um componente basilar de uma forma de processo penal que tenha como objetivo respeitar os direitos essenciais e a dignidade da pessoa humana. Existe eminentemente um valor ideológico na presunção de inocência, por estar ligada ao próprio fim do processo penal: um processo necessário para que se verifique jurisdicionalmente a ocorrência de um delito e a sua autoria (BADARÓ, 2021).

Um prévio estado de inocência é assegurado a todo e qualquer pessoa pela presunção de inocência, que pode ser afastada apenas diante da existência de prova plena da perpetuação do delito. Trata-se de uma presunção política capaz de garantir a liberdade do acusado ante o interesse coletivo à repressão penal (PISANI 1965 *apud* BADARÓ, 2021).

Entretanto, não se encerra o dispositivo constitucional neste sentido político de garantir um estado de inocência. Sob a ótica técnico jurídica, a presunção de inocência também pode ser vista como regra de julgamento ao ser usada sempre que pairar dúvida a respeito de fato importante para que se decida o processo. A culpa do acusado deve ser provada para além da dúvida razoável para que seja imposta uma sentença penal condenatória. Neste sentido, confunde-se presunção de inocência com o *in dubio pro reo* (BADARÓ, 2021).

Quanto ao ônus da prova, este se revela principalmente diante da ausência de prova a respeito de um determinado fato; nessa situação a ausência de comprovação se resolveria em prejuízo da parte responsável pelo ônus material da prova. Não existindo formalmente no processo penal uma divisão do ônus da prova, cabe ao Ministério Público o ônus substancial da prova, por ter que provar a existência de todos os elementos de fato que ancoram a pretensão punitiva e também a inexistência de um elemento qualquer que possa impedir o surgimento dessa mesma pretensão (GOMES FILHO, 1991).

Outrossim, a presunção de inocência também exprime no âmbito do direito probatório outras garantias fundamentais. Primeiramente, aponta qual deve ser o objeto por trás do procedimento probatório, uma vez que a presunção, antes mesmo de inverter o ônus probatório, muda-lhe o objeto. Desta forma, no processo penal ancorado pelo princípio da presunção de inocência, a verificação da existência dos fatos imputados deve ser pretendida pela atividade probatória, e não uma investigação a respeito das desculpas apresentadas pelo acusado; também não deve objetivar à mera confirmação de elementos trazidos pela fase preliminar do inquérito policial, como é frequente na prática judiciária; a imputação deve ser demonstrada e não a confiabilidade dos dados que lhe baseiam (GOMES FILHO, 1991).

Uma segunda consequência decorrente do preceito constitucional quanto à matéria probatória trata sobre a impossibilidade de impor ao acusado a obrigação de colaborar com a investigação dos fatos; está-se diante da questão de conceber como meio de defesa ou meio de prova o interrogatório do réu, assim como a problemática a respeito do “direito ao silêncio”. Perante o princípio da presunção de inocência, trata-se de escolha do acusado oferecer ou não a sua versão pessoal dos fatos que são objeto de prova (GOMES FILHO, 1991).

Ainda neste contexto vem à tona a questão da legitimidade de uma fórmula de absolvição assentada na precariedade de provas, isto é, ao se reconhecer a existência de alguma prova de culpabilidade, mas que seja duvidosa. Diante do artigo 386, inciso VI do Código de Processo Penal, não existindo prova suficiente para a condenação há motivo para absolvição, pois diante da exigência de que nos autos haja prova de um fato e sobre ela paira dúvida razoável, o fato deve então ser considerado não-provado. Defende-se que a questão fundamental não está na previsão legal de uma absolvição fundamentada na insuficiência probatória, mas sim nas consequências daí advindas; tratar de forma diferente o réu absolvido plenamente e aquele cuja absolvição se deu devido a precariedade de provas será uma ofensa evidente ao espírito da presunção de inocência (GOMES FILHO, 1991).

Já como regra de tratamento do acusado a presunção de inocência não permite que haja a equiparação ao longo do processo do acusado com o culpado. Manifesta-se claramente este sentido da presunção de inocência ao vedar prisões processuais obrigatórias ou automáticas. Não é vedada pela presunção de inocência, contudo, toda e qualquer prisão durante o processo. Contanto que se esteja diante de uma prisão de natureza cautelar, fundamentada em juízo concreto de sua necessidade, e não apenas em abstratas presunções de fuga, periculosidade e qualquer outra do mesmo gênero, haverá compatibilidade da prisão com a presunção de inocência (BADARÓ, 2021).

Qualquer forma de identificação do indiciado, suspeito ou acusado à condição de culpado ser vedada é, inegavelmente, o elemento mais inovador trazido pelo princípio da presunção de inocência inscrito no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, por reafirmar a dignidade da pessoa humana como sendo uma premissa fundamental da repressão penal do Estado. Apesar de que evidentemente não se possa esperar que a presença da regra constitucional possa trazer uma mudança substancial no comportamento da sociedade (e mesmo dos atores jurídicos) diante daqueles que estejam envolvidos com o aparato judiciário-criminal, é indubitável que a adoção do princípio traz relevantes consequências quanto ao tratamento do acusado no processo (GOMES FILHO, 1991).

É necessário também mencionar a conexão entre o princípio da presunção de inocência e o princípio do devido processo legal, contido no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal. Os dois princípios se complementam na medida em que indicam a básica concepção de que para que se reconheça a culpabilidade não deve haver apenas um processo, mas sobretudo um processo “justo”, no qual haja equilíbrio no confronto entre o direito à liberdade do imputado e o poder punitivo estatal. Aliás, é este o espírito de *fair trial* que as instituições anglo-saxãs detém como característico: o processo é como um duelo em que partes armadas igualmente se defrontam, não podendo haver qualquer privilégio do representante do poder estatal, pois o acusado é tratado como inocente até que se prove o contrário (GOMES FILHO, 1991).

Apesar de se tratar de um sonho que dificilmente será realizado devido às reflexões das desigualdades sociais e econômicas no processo, a ideia no processo penal de uma “igualdade de armas” não deve ser descartada desde logo, mas sim servir de mote na busca de uma forma mais democrática de justiça penal. Assim, da mesma forma que no plano político vem sendo acentuada a insuficiência de uma meramente abstrata igualdade, característica do liberalismo, no âmbito do processo é fundamental que o conceito de igualdade não se limite a uma obediência simples de formalidades, mas que tenha a tendência de superar as desigualdades reais (GOMES FILHO, 1991).

Se por um lado a existência da imputação caracteriza, por si só, uma desvantagem do cidadão em relação ao poder punitivo estatal, o estabelecimento no texto constitucional dos princípios do devido processo legal e da presunção de inocência tem por objetivo contrabalancear essa carga negativa, apontando ao juiz não somente uma atitude em face do acusado, ou uma regra de julgamento caso haja dúvida, mas o próprio modo como deve ser realizada a atividade processual, por meio da integração do direito ao processo com os direitos no processo (GOMES FILHO, 1991).

Sob essa ótica, adquire nova feição a imparcialidade do juiz, que deve superar a indiferença passiva de quem se coloca em equidistância das partes, como um mero observador da disputa, para ser caracterizado como qualidade de uma função ativa, assistencial e promocional, objetivando à remoção permanente dos desequilíbrios que possam afetar a exigência de um efetivo contraditório. Desta forma, a exigência de um real contraditório não pode dispensar que não apenas o direito de defesa seja assegurado ao acusado, compreendido como participação em todos os episódios processuais, mas principalmente como um direito ao defensor, estando diante da problemática da assistência gratuita aos vulneráveis socioeconomicamente e a efetividade dessa assistência (GOMES FILHO, 1991).

Ainda em relação a efetividade da defesa, está inserida entre as garantias essenciais a um processo “justo” o direito à prova, sem o qual haveria comprometimento da tutela de inocência, sendo necessário destacar o papel do juiz como um moderador da grande desigualdade existente entre o aparato estatal, que detém todos os recursos para que as provas sejam colhidas, e o ofício da defesa, que geralmente está impedido de conseguir as diligências probatórias mais elementares (GOMES FILHO, 1991).

É necessário também se referir à problemática do inquérito policial porque, apesar de ser procedimento apenas preparatório da ação penal, na prática trata-se do momento em que as provas que são decisivas para a sorte do acusado são colhidas, ao menos em relação ao recebimento da denúncia e a decretação da prisão preventiva; assim, mesmo que a fase preliminar do processo tenha como característica a inquisitorialidade, é necessário que os elementos de informação provenientes dessa fase precisam ser submetidos posteriormente para tais fins a uma verificação contraditória, sem a qual haveria uma violação pelo juiz dos preceitos fundamentais do “justo processo” (GOMES FILHO, 1991).

Por fim, o princípio da obrigatoriedade da motivação que guia a atividade jurisdicional em geral (Constituição Federal, artigo 93, inciso IX), demonstra a garantia de que as razões dos interessados, produzidas sob o contraditório, efetivamente serão levadas à tona no momento da decisão. Em relação ao processo penal, tal exigência, destacada especialmente pelos constituintes ao disciplinar as medidas de restrição ao direito de liberdade (artigo 5º, inciso LXI) necessita refletir não apenas aquela consideração, mas principalmente o estado de ânimo do juiz em face do acusado, de forma que se explicita a negação de qualquer avaliação prévia a respeito da culpabilidade (GOMES FILHO, 1991).

A PRISÃO PREVENTIVA E A SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Luigi Ferrajoli (2002) tece uma forte crítica ao encarceramento provisório por acreditar que tal instituto é uma afronta ao princípio da presunção constitucional de não culpabilidade. Sob sua ótica, o cárcere preventivo contradiz o princípio *nula poena sine iudicio*, que significa a submissão à jurisdição em seu sentido mais lato, ou seja, que consiste na possibilidade de detenção apenas com base em um julgamento, e não somente por ordem de um juiz, uma vez que não se está diante de pena, mas sim de medida cautelar. Acrescenta o autor que qualquer prisão sem um julgamento entra em conflito com o sentimento de justiça, pois é compreendido como um ato de arbítrio e de força.

Ferrajoli (2002) segue lançando o questionamento se a custódia preventiva é uma medida injusta mas necessária ou se é apenas o resultado de uma visão inquisitorial de processo que anseia ver o acusado em condição inferior em relação a acusação, estando imediatamente sujeito a pena exemplar e, principalmente, apesar das afirmações no sentido contrário, ser presumido culpado.

As prisões que são decretadas antes da condenação, o que numa leitura radical do princípio da presunção de inocência não poderiam ser admitidas, encontram justificativa somente na excepcionalidade de situações nas quais a liberdade do acusado possa ser comprometedor para o desenvolvimento regular e eficaz da atividade processual (GOMES FILHO, 1991).

Respeitando a presunção de inocência, não podem ser concebidas quaisquer formas de prisão ordenadas para antecipar a punição ou que sejam consequência automática da imputação. Por essa linha de raciocínio, é necessário verificar entre as finalidades atribuídas pelo legislador se haveria ou não afronta ao princípio da presunção de inocência, também é necessário buscar parâmetros para que se possa evitar que, mesmo diante das hipóteses em que não haja incompatibilidade, não seja afastada a ideia de excepcionalidade conferida a prisão que antecede a condenação definitiva (GOMES FILHO, 1991).

Quanto à prisão preventiva para garantia da ordem pública, pode-se aferir que a destinação de tal prisão é o interesse da repressão prevaleça em relação aos direitos e garantias individuais. A ordem pública está relacionada às finalidades do encarceramento provisório que não se encaixam nas exigências de caráter cautelar em si, mas que se tratam de maneiras de privação da liberdade utilizadas como medidas de defesa social, como a “exemplaridade”, de

modo a ter reação imediata ao delito, que teria como propósito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou a prevenção especial, compreendida como a necessidade de impedir novos crimes, entre outras (GOMES FILHO, 1991).

Torna-se evidente em tais situações que a prisão não é utilizada como um “instrumento a serviço do instrumento”, mas sim como uma forma de antecipar a punição, fundamentada por razões de ordem substancial e que supõe o reconhecimento da culpabilidade. A utilização como critério de decretação da prisão preventiva a exemplaridade é seguramente a mais indiscutível violação do princípio da presunção de inocência, por partir exatamente da admissão inicial de culpabilidade, de modo a atribuir ao processo um objetivo meramente formal para legitimar uma decisão tomada anteriormente. Tal incompatibilidade se mostra ainda mais grave quando se analisa a referência a função de reação pronta ao delito como uma maneira de atender ao alarme social; aqui se está diante de um dado emotivo, sujeito a manipulações e instável para que seja imposta uma medida próxima da ideia de justiça sumária à consciência do juiz (GOMES FILHO, 1991).

Quanto ao discurso que busca justificar a prisão preventiva pelo objetivo de prevenção especial, dando-lhe um caráter de medida de segurança utilizada não ancorada pela presunção de culpabilidade, mas sim ao se defrontar com a periculosidade do agente, mesmo que considerada de forma meramente acessória as outras finalidades do instituto, está-se diante de mero jogo de palavras, em que não se pode esconder a ofensa a regra constitucional. Isso ocorre porque na base dessa colocação está evidente que se reconhece a responsabilidade do sujeito de ter praticado o delito pelo qual está sendo acusado, existindo o temor que, diante da certeza da existência e autoria de tal delito, outros crimes venham a ser praticados. Também é necessário dizer que os critérios para aferir a periculosidade nem sempre se baseiam em um juízo de probabilidade fundado em elementos empíricos, ainda mais quando tal aferição é realizada anteriormente a instrução criminal; na prática o que se constata é o recurso a dados enganosos ao extremo, como a gravidade do delito e os antecedentes, que mais dizem sobre a impressão pessoal do juiz do que sobre a realidade calcada em fatos concretos (GOMES FILHO, 1991).

A respeito da utilização da prisão preventiva como maneira de se assegurar a realização do processo, tal ideia está ligada fortemente à idéia medieval que a todo custo se deve obter a verdade, principalmente por meio da confissão do acusado, pelo o que o seu propósito principal era garantir as condições materiais para a tortura; desta maneira, a restrição da liberdade era mero meio para que se lesionasse outros bens do indivíduo, como a sua liberdade moral e integridade física. Tal concepção, apesar de não estar banida totalmente da realidade do

processo moderno, não diz respeito à função instrumental que se atribui a prisão cautelar; agora se trata de evitar que o acusado, ao permanecer em liberdade, possa deixar de comparecer a atos instrutórios em que seja indispensável a sua presença para que os fatos sejam esclarecidos (como no reconhecimento pessoal), ou de qualquer outra forma, atrapalhe o desenvolvimento correto das atividades judiciais (GOMES FILHO, 1991).

A princípio a prisão preventiva em caráter cautelar instrumental é compatível com o princípio da presunção de inocência, uma vez que não se impõe a antecipação da pena, apesar de em certos casos poder ser sugerida certa identificação entre as qualificações de culpado e acusado, pois o medo que o réu crie óbices à colheita de provas pode indicar que ele não mais é considerado inocente (GOMES FILHO, 1991).

De qualquer forma, a prisão preventiva como cautela instrumental ainda apresenta contradições e inconvenientes, sob o olhar das garantias individuais. Primeiramente, por ser ingênuo acreditar que a segregação do acusado possa impedir absolutamente a prática de atos contrários aos meios de prova, o que já poderia ter ocorrido antes mesmo da prisão, de modo que a restrição da liberdade se provaria ineficaz, sendo preferível que se pensasse em meios mais aptos a conseguir a conservação da prova (GOMES FILHO, 1991).

É também necessário dizer que a restrição da liberdade do acusado quase sempre se traduz em uma ofensa ao exercício de seu direito de defesa e à igualdade processual, pois, para que a autenticidade das provas de acusação seja assegurada, tem-se a limitação da atividade defensiva na busca de provas de inocência. Para que se encontre entre tais interesses conflitantes o ponto de equilíbrio, deve-se afirmar o caráter excepcional da prisão preventiva, diante da exigência indeclinável que exista um efetivo contraditório (GOMES FILHO, 1991).

A respeito da prisão preventiva para conservação das provas, Ferrajoli (2002) afirma que uma alternativa à prisão cautelar seria a condução coercitiva do acusado à presença do juiz, ocorrendo a sua detenção pelo tempo estritamente necessário (por horas ou por dias no máximo, e não por anos) para que ocorra o interrogatório em um incidente probatório ou em uma audiência preliminar e talvez para que se deem as primeiras averiguações a respeito das suas justificativas, sendo somente esse o tempo necessário de isolamento do acusado. Uma medida desse gênero teria como consequência uma limitação da liberdade pessoal do acusado incomparavelmente mais breve em relação a custódia preventiva, com uma repercussão pública menor e reduziria (ou até não produziria) os efeitos difamatórios infamantes da ação penal que representam hoje um dos aspectos extralegais e extrajudiciais mais aflitivos e humilhantes de todo o sistema punitivo.

Outra finalidade atribuída pelo legislador ordinário para a prisão preventiva é para “assegurar a lei penal”, o que significa evitar que, ante uma fuga possível do acusado, que teme uma condenação, a execução da sanção punitiva venha a ser frustrada. Em tal justificativa se torna evidente a mais típica entre as funções que são atribuídas a prisão preventiva, vista como um “mal necessário”: entre o risco que um possível culpado escape da execução da pena e que se submeta antecipadamente um inocente à prisão, escolhe-se a segunda alternativa. Está-se diante de uma solução prática a serviço de um sistema que admite ser incapaz de adotar medidas adequadas para que suas decisões sejam cumpridas, e que no fundo revela aderir às concepções absolutas da pena, que se desvinculam de qualquer conotação utilitária. Pelo menos em princípio, não há ofensa à presunção de inocência quando há a imposição de uma prisão preventiva com o objetivo de garantir um dos resultados possíveis do processo, pois tal hipótese não parte da equiparação entre a situação do culpado e do acusado (para que seja evitada uma condenação injusta pode também o inocente fugir), e de qualquer forma, não se está diante de uma função essencialmente punitiva (GOMES FILHO, 1991).

Ferrajoli (2002) critica a utilização do encarceramento provisório como meio de impedir a possível fuga do acusado por acreditar que a possível fuga tem como causa principal não o medo da pena, mas sim o medo da prisão preventiva. Se não existisse o risco de decretação da prisão preventiva, o acusado, ao menos até a véspera da condenação, teria todo o interesse de se defender em vez de se refugiar, sendo o rigor extremo do sistema de justiça criminal responsável pelo medo causado ao acusado que o faz cogitar a fuga.

Ferrajoli (2002) também defende que o perigo de fuga não serve como justificativa para o encarceramento provisório porque na sociedade integrada internacionalmente e informatizada atual uma fuga definitiva é muito difícil; e talvez fosse suficiente para desencorajar tal ação uma vigilância de maior intensidade ao acusado principalmente nos dias que antecedem à sentença. Acrescenta o autor que a fuga do acusado, sujeitando-o a clandestinidade e a um estado de insegurança permanente já configura por si só pena gravíssima. Ademais, caso o acusado não deixasse rastros de sua fuga, ela teria alcançado na maioria dos casos o efeito de neutralizá-lo, alcançando uma das finalidades de prevenção do direito penal. Por último, o perigo de fuga seria diretamente proporcional à severidade das penas, de modo que a mitigação das penas teria como consequência a redução proporcional do perigo de fuga dos acusados.

O que é importante considerar a respeito deste tema é a necessidade que se avalie rigorosamente o *fumus boni iuris* quando se está diante de cautela do tipo final; um exame mais severo a respeito da consistência dos indícios contrários ao acusado deve ser imposto, levando-

se em conta não apenas o aspecto da culpabilidade, mas principalmente aquele da aplicação provável da pena detentiva que venha a ser executada (GOMES FILHO, 1991).

Traçando um paralelo entre os tipos de cautela instrumental e para assegurar a aplicação da lei penal, pode-se concluir que a cautela instrumental encontra justificativa mais adequada anteriormente a instrução, ou ao menos no início dela, quando a produção de provas é o que importa; enquanto que a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal se torna mais justificada a medida em que os elementos capazes de autorizar o prognóstico de que a imposição de uma sanção detentiva será o resultado do processo são colhidos (GOMES FILHO, 1991).

Deve-se também ter um olhar crítico a respeito da ausência de limite máximo para a duração da prisão preventiva na legislação brasileira, apesar de ter adotado a revisão periódica obrigatória da legalidade da prisão, que está prevista no artigo 316, parágrafo único do Código de Processo Penal, com redação feita pela Lei nº 13.964/2019. Ainda que insuficiente, a expectativa de possível controle foi trazida pela revisão periódica sobre a legalidade das prisões preventivas que perduram no tempo, que, como já explicado anteriormente, deve ocorrer a cada 90 dias o exame de legalidade, o que cria a obrigatoriedade de uma decisão judicial verificar a situação real do caso concreto e aferir se ainda existe algum perigo processual decorrente do estado de liberdade do acusado ou do suspeito (MACHADO, 2022).

Todavia, mesmo em face da revisão periódica, o problema das prisões preventivas ilegais na realidade brasileira pode não ser superado, pois, na prática, constata-se que podem se arrastar por anos as prisões preventivas para conveniência da instrução criminal, com a justificativa de que ainda não se encerrou a fase de instrução e que representa uma ameaça para o processo o réu ou ainda devido a complexidade do caso (MACHADO, 2022).

Além disso, prisões preventivas fundamentadas na garantia da ordem pública podem ter revisões meramente protocolares, uma vez que, sob o fundamento de razões de segurança social e não processual, há uma facilitação da manutenção da prisão pelo uso sistemático de expressões exageradas e genéricas a respeito do perigo (MACHADO, 2022).

Em geral, diante da lacuna da legislação que impede a definição de um limite ao prazo das prisões preventivas, o tema tem sido discutido pela doutrina e jurisprudência. Apesar da iniciativa louvável de revisão periódica a cada 90 dias dos fundamentos da da prisão preventiva introduzida pela Lei nº 13.964/2019, em que a ausência de revisão e fundamentação da decisão que mantém a prisão cautelar tem por consequência a ilegalidade da medida, decisões dos Tribunais Superiores têm contornado a previsão legal, sem que haja um controle de

constitucionalidade que possibilitaria se fosse o caso o afastamento da aplicação do dispositivo legal (MACHADO, 2022).

Uma decisão de Tribunal Superior que ganhou notoriedade a respeito da revisão periódica prevista pela inovação legislativa foi a que envolvia um indivíduo reconhecido por ser um dos líderes da facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC), pois obteve uma liminar *Habeas Corpus* n.º 191.836-MC/SP em 6 de outubro de 2020, concedida pelo Ministro Marco Aurélio, que reconheceu o excesso de prazo da prisão preventiva diante da falta de decisão judicial que fundamentasse a manutenção da prisão preventiva no prazo de 90 dias, sendo que, em 25 de junho de 2020, no julgamento da apelação ocorreu a última decisão judicial que manteve a medida cautelar (MACHADO, 2022).

Inusitadamente, no dia 10 de outubro de 2020, a Procuradoria-Geral da República protocolou um Pedido de Liminar à Presidência do Supremo Tribunal Federal que, em regime de plantão decidiu no mesmo dia pela cassação da liminar deferida pelo relator do *Habeas Corpus*. O caso foi pautado pelo plenário da Corte e teve maioria para confirmar a decisão da presidência que suspendeu a concessão anterior de liberdade obtida pelo paciente. Além disso, foi fixada pelo plenário a seguinte tese no julgamento terminado em 15 de outubro de 2020: “A inobservância do prazo nonagesimal do artigo 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos” (MACHADO, 2022).

O plenário da corte curiosamente entendeu por maioria que não se tratava de caso de revogação imediata da prisão preventiva em caso de ausência dentro do prazo legal da revisão periódica. Entretanto, a ilegalidade da prisão é prevista pela própria lei caso em revisão periódica não foram ratificados os fundamentos, de tal forma que deveria ser relaxada imediatamente a prisão, seguindo o estabelecido pelo artigo 5º da Constituição Federal em seu inciso LXV (MACHADO, 2022).

Tem sido objeto de sugestões doutrinárias, de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e de julgamentos dos Tribunais Superiores a duração razoável da prisão, sendo considerações importantes que devem ser analisadas. Na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é possível encontrar maneiras de controlar o prazo da prisão necessária para que se preserve a garantia a presunção de inocência prevista no artigo 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Uma dessas maneiras consiste no controle periódico a respeito da legitimidade da medida cautelar justamente com a obrigação de apontar a ausência de razões que

fundamentaram a adoção da medida cautelar. Assim, o juiz não tem que aguardar até o momento que a sentença absolutória seja proferida para que a liberdade de uma pessoa detida seja recuperada, mas deve analisar periodicamente se a necessidade, as causas e a proporcionalidade da prisão preventiva se mantêm, avaliando se houve a extrapolação dos limites legais e da razão pelo prazo da medida cautelar adotada (MACHADO, 2022).

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a partir de critérios de proporcionalidade e razoabilidade deve ser analisado o excesso de prazo, não se admitindo que a mera adição aritmética de prazos processuais, que devem ser vistos sob a ótica global ante as circunstâncias do caso concreto. Tal tipo de decisão judicial não parece a rigor dizer muita coisa, por ser difícil tirar daí algum princípio que seja aplicável ao tema. São criados embaraços a qualquer tipo de controle externo aos abundantes abusos da prática forense com a generalizada aplicação de dogmas da proporcionalidade e razoabilidade como solução para todos os tipos de problemas judiciários (MACHADO, 2022).

Geralmente, no Supremo Tribunal Federal o eventual excesso de prazo da prisão preventiva tem sido analisado sob alguns critérios por meio dos quais seria possível examinar as razões justificáveis para que a marcha processual se retarde, como: o número de testemunhas a serem inquiridas, a quantidade de réus, a necessidade de que cartas precatórias sejam expedidas, a complexidade e natureza dos delitos imputados, e também a atuação das partes. Assim, está-se diante de uma análise casuística, sujeita à discricionariedade judicial que, como mostram os critérios escolhidos, submete o direito fundamental à liberdade a circunstâncias que têm pouca ou nenhuma relação com o comportamento da pessoa afetada (MACHADO, 2022).

Aury Lopes Jr. (2024) vê como um dos grandes problemas do sistema cautelar brasileiro a indeterminação causada pela ausência de prazo máximo. Ele explica que houve insucesso na tentativa jurisprudencial de conceber limites através da análise global dos prazos processuais ou ainda com a análise de forma isolada dos prazos. Entretanto, um grande risco de ineficácia é causado pela falta de sanção por descumprimento de prazos.

Também é apontado por Eugênio Pacelli (2018) que as construções jurisprudenciais que foram formadas ou ao redor de uma visão global sobre os prazos processuais até o fim do processo penal no rito ordinário ou como manifestações sobre a observância da soma aritmética dos prazos até que a instrução criminal se encerre, motivo que levou, inclusive, à edição das Súmulas 52 e 21 do Superior Tribunal de Justiça. Na sua perspectiva, deve ser pautado o prazo razoável para a prisão preventiva pelo prazo global de 86 dias (ou se tratando de Justiça Federal de 107 dias), que o autor conta a partir da abertura do inquérito policial até que a instrução

criminal se encerre no rito ordinário, sendo ajustes na conta admissíveis de acordo com a modificação dos ritos ou motivados pela complexidade da instrução ou ainda diante da quantidade de réus. Sob sua ótica, a alegação de que o descumprimento isoladamente de qualquer dos prazos teria como consequência o excesso de prazo é ponderável, mas afirma que a posição majoritária caminha em sentido contrário.

Pacelli (2018) posiciona-se de maneira rígida quanto a contagem de prazo para que os atos processuais sejam praticados, mas abre a possibilidade de decisionismos quando em situações excepcionais se admite reflexões hermenêuticas que ultrapassam os limites dogmáticos, em direção a necessidade que os princípios constitucionais de igual relevância sejam afirmados.

Sob a perspectiva de Nicolitt (2015 *apud* MACHADO, 2022), é plausível o uso como limite máximo de manutenção da prisão preventiva em primeiro grau o prazo de 120 dias disposto no artigo 22, parágrafo único da Lei n.º 12.850/2013, sendo excepcionalmente admitida uma prorrogação pelo mesmo período totalizando 240 dias. O autor argumenta que é advertido pela própria lei a necessidade de que seja finalizada em prazo razoável a instrução criminal de processos que envolvam crime de organização criminosa, tendo delimitado os prazos mencionados. Conclui-se que se em casos complexos a exemplo desse tipo de processo foi estabelecido um prazo pela lei, ele deve servir de orientação para a fixação de limites para os outros procedimentos.

Nicolitt (2015 *apud* MACHADO, 2022) também propõe a agregação de novos prazos se houver interposição de recurso, de acordo com o caso. Dessa forma, caso haja recurso em sentido estrito deve-se agregar o prazo de 68 dias, enquanto que no recurso de apelação devem ser agregados 108 dias, de forma que a adição aritmética desses prazos torne possível a determinação de um controle temporal das prisões, obtendo assim um limite intransponível, a partir do qual deve ocorrer o relaxamento da prisão. Na perspectiva do autor, seria preferível sua proposta em relação à fórmula dos 81 dias que, por deter tantas exceções, acabou por se tornar uma ideia falsa de controle. Além disso, não haveria exagero no montante de sua proposta quando comparado ao direito de países como Portugal, Espanha e Alemanha.

Existe também a proposta pela doutrina de criar um critério distintivo entre a pena processual e a pena de prisão, valendo as observações de Bovino (2005 *apud* MACHADO, 2022) que diz que quando a prisão preventiva é permitida, mesmo com a detração futura se houver condenação, pode-se tornar ainda mais severa a prática com aqueles que realizaram delitos de menor gravidade, pois eventualmente toda a pena terá sido cumprida e até um tempo

além do necessário no cárcere, enquanto que podem ficar não tanto tempo presos preventivamente aqueles que forem condenados por delitos mais graves.

Por isso, há uma proposta de releitura do princípio da presunção de inocência como princípio da proporcionalidade pelo autor, que segue a mesma linha de Sergi (2005 *apud* MACHADO, 2022), segundo o qual o princípio da presunção de inocência é proporcionalidade, no sentido de não equivalência existente entre a pena definitiva e a prisão processual. Apesar da autora tratar do contexto argentino, podem ser ajustadas e aplicadas algumas de suas premissas no contexto brasileiro.

Na perspectiva de Sergi (2005 *apud* MACHADO, 2022), na prática e com algum êxito em relação a limitação de poderes só pode haver a manifestação do princípio da presunção de inocência se tiver a capacidade de impedir que uma medida de restrição de liberdade seja aplicada ou de restrição de direitos no campo processual e antes que um juízo de culpa possua uma gravidade tanto do ponto de vista quantitativo quanto qualitativo equivalente a pena prevista em lei.

Os outros requisitos dispostos na doutrina em relação a prisão preventiva teriam a função de mecanismos instrumentais para que as medidas restritivas processuais sejam aplicadas pelo Estado em um contexto de não equivalência proposto, assim, por período de tempo curto e em casos excepcionais medidas processuais com uma severidade menor do que uma pena definitiva seriam aplicadas. A ausência de proporcionalidade entre a prisão processual e a pena definitiva serviria de proteção a essência do princípio da presunção de inocência como foi desenvolvido no contexto teórico de caráter político dos iluministas, que buscava acabar com os cotidianos abusos da justiça penal (BOVINO, 2005 *apud* MACHADO, 2022).

Sob essa ótica, a primeira e mais central medida para Sergi (2005 *apud* MACHADO, 2022) é definir um limite máximo de tempo para a prisão preventiva que seja menor que a pena definitiva que possa ser aplicada no caso concreto (análise que deve considerar a facticidade em razão de que a pena não é definida apenas na escala penal).

A autora então sugere os seguintes critérios: primeiro, a única forma de obstar uma equivalência entre a prisão preventiva e a pena definitiva, inclusive a partir de um regime progressivo como forma de tratamento para os presos provisórios, é que os prazos legais da Lei de Execução Penal sejam utilizados como parâmetros máximos de permissão para a prisão preventiva. Dessa forma, o encarcerado provisório não poderá ultrapassar o tempo de encarceramento do que aquele que seria necessário para se obter em uma fase de execução o

direito de liberdade através da semiliberdade e da saída temporária. Sendo esse prazo cumprido, não se estará diante de uma concessão de benefícios em face de execução ou de uma progressão de regime, mas sim de uma concessão de liberdade (SERGI, 2005 *apud* MACHADO, 2022).

Em segundo lugar, a autora afirma que não pode se dar a concessão de liberdade atendendo aos mesmos critérios quando ocorre na fase de execução da pena ou na fase processual. Apesar dos critérios de avaliação do condenado serem importantes para que o regime de execução da pena possa progredir, tais informes carcerários não devem ser utilizados como condições para que o preso sem condenação possa obter a liberdade. Dessa forma, a liberdade deve ser determinada pelo excesso de prazo da prisão e não pelos informes de conduta característicos da fase de execução da pena. Na perspectiva da autora, o uso dos mesmo critérios em ambas situações terá como consequência a violação fatal do princípio da presunção de inocência. A partir do uso desses critérios propostos, a autora afirma ser possível diferenciar a medida cautelar e a pena (SERGI, 2005 *apud* MACHADO, 2022).

Um fundamento coerente parece ser oferecido pela autora para que se distinga o tempo admissível de uma prisão processual (portanto, cautelar) e o tempo de uma execução da pena. Tal fundamento complementa-se ao critério proposto por Giacomolli na direção de utilizar os parâmetros de progressão de regime estabelecidos pela Lei de Execução Penal, ao conferir o prazo máximo a partir da pena mínima considerada abstratamente. Afinal, sugere a divisão desse parâmetro em percentuais a cada fase processual (fase recursal, investigação, processamento em primeiro grau, etc). Todavia, quando já houve decisão de mérito, a melhor estratégia deve ser utilizar como vetor para que se verifique a pena fixada em sentença ou acórdão condenatório (GIACOMOLLI, 2020 *apud* MACHADO, 2022).

Além disso, acredita-se que é admitida de forma coerente com o princípio da presunção de inocência o uso somente dos vetores da Lei de Execução Penal que fazem referência aos acusados ou suspeitos tecnicamente primários previstos no artigo 112, incisos I, III, V, VI, alíneas a, b e c, utilizando como referências os crimes imputados ou investigados ao indivíduo, a despeito de reconhecimento futuro de reincidência. O motivo de tal opção é garantir que não se considere como reincidente o preso preventivo anteriormente a uma decisão de mérito de natureza penal que de forma definitiva reconheça que ele perpetrou um segundo crime depois do trânsito em julgado de sentença penal condenatória prévia (MACHADO, 2022).

Dessa forma, os parâmetros que limitariam a prisão preventiva calculados a partir da pena mínima abstrata ou a já fixada pena no processo seriam: em caso de crime sem grave

ameaça ou violência até 16%; em caso de crime com grave ameaça ou violência até 25%; em caso de crime hediondo ou equiparado de até 40%; em caso de crime hediondo ou comparado com resultado morte, caso de possível exercício de comando, coletivo ou individual, de organização criminosa cujos objetivos sejam a prática de crimes hediondos ou equiparados, e também quando se trata de processo ou investigação em razão de crime de constituição de milícia privada de até 50% (MACHADO, 2022).

Existe também a hipótese especial com previsão no artigo 112, § 3º da Lei de Execução Penal, com o intuito de que em face de acusada ou suspeita gestante ou que for mãe ou responsável por pessoa ou criança com deficiência, o percentual exigido passa a ser de 1/8 da pena mínima abstrata ou já fixada em decisão de mérito, contanto que não se esteja diante de processo ou investigação relativo aos crimes cujas características estejam previstas nos incisos I, II, III e V (MACHADO, 2022).

Tal perspectiva, inclusive diferente da ideia de execução antecipada da pena e ainda das hipóteses previstas nas súmulas 716 e 717 do Supremo Tribunal Federal, detém resultados distintos para o exemplo de Paulo Rangel (2023, p. 541):

Réu condenado a 6 anos de reclusão em regime fechado. Preso, provisoriamente, a (sic) um ano. Recurso exclusivo da defesa postulando absolvição. Se entendermos que não há mais execução provisória da pena, o réu não poderá se valer do tempo que permaneceu preso (que corresponde a 1/6 da pena) para postular a progressão do regime. A prisão, por força do art. 283, será preventiva; ou, se após o trânsito em julgado, execução definitiva.

Com tal proposta sendo aplicada ao exemplo de Rangel, um ano de prisão sendo cumprido seria razão para a soltura imediata do réu, cuja pena máxima já estava delimitada (em caso de recurso exclusivo da defesa), e não a hipótese de progressão de regime sustentada pelo autor (MACHADO, 2022).

Outra hipótese seria o uso dos prazos máximos estabelecidos pela Lei 12.850/13, expandidos por um prazo maior se interpostos recursos, tal como sugerido por Nicolitt, o que parece ser uma estratégia que restringe ainda mais a prisão e protege o direito à liberdade (MACHADO, 2022).

Todavia, deve-se reconhecer a semelhança entre o cálculo de vários prazos processuais adotado pelo autor com a fórmula de 81 dias que sofre críticas por ele próprio. Sua fórmula parece se diferenciar somente por mencionar uma impossibilidade transposição da adição aritmética dos prazos, contexto que, ante a grande quantidade de processos em trâmite pelo país, pode ser evitada pelo casuísmo das decisões judiciais (MACHADO, 2022).

Entre as duas opções analisadas, percebe-se que o parâmetros provenientes da Lei de Execução Penal são bem sucedidos em delimitar um critério mais objetivo, contrapondo-se a possibilidade de usar prazos processuais que são significativamente descumpridos pelo Poder Judiciário, a quem em última instância caberá decidir se é de sua incapacidade de vencer o acúmulo de processos que decorre a violação ao razoável prazo da prisão preventiva (MACHADO, 2022).

6 CONCLUSÃO

A partir do desenvolvimento deste trabalho, pode-se constatar como a prisão preventiva desempenha um papel de destaque no cenário do sistema carcerário brasileiro, tendo em vista que como já foi exposto anteriormente no primeiro semestre de 2024 aproximadamente 27,7% da população carcerária brasileira é formada por presos provisórios. Assim, torna-se um objeto de estudo de extrema relevância no cenário jurídico brasileiro.

A princípio, explicou-se o modo de funcionamento do instituto, iniciando com uma explanação a respeito da analisar a medida cautelar em si. Foram exploradas as modalidades de prisão preventiva, a proporcionalidade de tal medida cautelar mediante a pena a ser imposta no fim do processo entre outros fatores de suma importância para que se compreenda como o encarceramento provisório está previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, buscou-se fazer uma análise da prisão preventiva à luz da garantia constitucional da presunção de inocência, examinando a compatibilidade do instituto com a previsão constitucional. Também se fez uma leitura crítica a respeito da ausência de limite temporal para a duração da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, vendo as respostas dada pela jurisprudência e as propostas doutrinárias para que se estabeleça um limite temporal ao encarceramento provisório, destacando-se então como fundamental para tais propostas a leitura do princípio da presunção de inocência como proporcionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Cláudio do Prado e SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal: as reformas introduzidas pela Lei n. 12.403/2011 comentadas artigo por artigo**. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. **Código de processo penal**. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 10 jun. de 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Relatório de Informações Penais - RELIPEN**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública. 1º semestre de 2024. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/ptbr/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semester-de-2024.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 303.185/MT, da 6ª Turma, 10 de março de 2015**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402225590&dt_publicacao=17/03/2015>. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses**. Edição n. 32. Brasília, 15 de abril de 2015. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%2032%20-%20Prisao%20Preventiva.pdf>. Acesso em 21 set. 2024.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LEAL, Patricia Sousa Barros. **Os parâmetros de aplicação da prisão preventiva e o princípio da homogeneidade no sistema processual penal brasileiro: uma análise com base na natureza cautelar do instituto**. 2018. 79 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal - 21ª Edição 2024**. 21st ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. *E-book*. p.706. ISBN 9788553620609. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620609/>>. Acesso em: 21 nov. 2024.

MACHADO, Roger et al. **Ausência do limite de prazo para prisão preventiva e proposta de controle em face da presunção de inocência: inequivalência entre prisão pena e prisão processual**. Revista da Defensoria Pública da União, n. 17, p. 125-144, 2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal - 30ª Edição 2023**. 30th ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. *E-book*. p.541. ISBN 9786559773060. Disponível em:

<https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559773060/>. Acesso em: 21 nov. 2024.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 67, p. 213-244, 2015.

Submetido em 13 e novembro de 2024

Aceito em 19 de dezembro de 2024