



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

DANIEL LIMA DE OLIVEIRA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS
EM CURSO COMO FUNDAMENTO PARA A DECRETAÇÃO DE PRISÃO
PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA SOB A ÓTICA DO
GARANTISMO PENAL**

BELEM

2019

DANIEL LIMA DE OLIVEIRA

A (IM)POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIIS EM
CURSO COMO FUNDAMENTO PARA A DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA
PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA SOB A ÓTICA DO GARANTISMO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como
requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em
Direito, Faculdade de Direito, Instituto de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Pará.

Orientador: Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes.

BELÉM

2019

DANIEL LIMA DE OLIVEIRA

A (IM)POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO COMO FUNDAMENTO PARA A DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA SOB A ÓTICA DO GARANTISMO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso, orientado pelo Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes, apresentado como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito para a Faculdade de Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará.

APROVADO EM: ____/____/____

CONCEITO: _____

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Cláudia Socorro Lima de Oliveira e João Paulo Souza de Oliveira, que estiveram ao meu lado nos momentos mais difíceis de minha vida e se dedicaram durante muitos anos para que esse objetivo fosse alcançado.

Aos meus irmãos, Denile Lima de Oliveira e Douglas Lima de Oliveira, que sempre me motivaram a entregar o meu máximo em minha área de formação.

À minha querida avó, Domingas Ferreira da Cunha Lima, uma guerreira que me mostra, todos os dias, a sua vontade de viver e a beleza da vida, em seus mínimos detalhes.

Aos meus queridos amigos de universidade, Fabrício Gomes Lima, Lorena de Fátima Oliveira dos Santos e Mila Cristina Ferro Silva da Cunha Nascimento, por tornarem a minha caminhada na graduação mais prazerosa.

Aos demais amigos da turma 060/2015, pela amizade e o companheirismo durante sete semestres, bem como aos colegas da turma 040/2015 pelo acolhimento durante os três últimos semestres de graduação.

Ao meu prezado orientador Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes, pelo profissionalismo e pela atenção dedicada a este trabalho.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso, por meio de procedimento bibliográfico e documental, tem como objetivo discorrer sobre a (im)possibilidade de utilização de inquéritos e ações penais em curso como fundamento para a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública sob a ótica da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli à luz do princípio constitucional da presunção de inocência. Procura-se delinear, também, acerca da problemática do conceito indeterminado da “ordem pública” e a possibilidade de criação da figura do inimigo, já criticada por Eugenio Raúl Zaffaroni. Utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Presunção de Inocência. Garantismo Penal. Inimigo no Direito Penal.

ABSTRACT

This course conclusion work, through bibliographic and documentary procedure, aims to discuss the (im)possibility of using investigations and criminal proceedings in progress as a basis for the decree of pre-trial detention for the guarantee of public order under Luigi Ferrajoli's theory of penal garantism in the light of the constitutional principle of presumption of innocence. Tries to delineate also about the problem of the indeterminate concept of “public order” and the possibility of creating the figure of the enemy, already criticized by Eugenio Raúl Zaffaroni. The hypothetical-deductive approach method was used.

Keywords: Detention. Presumption Innocence. Penal Garantism. Enemy in Criminal Law.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPP	Código de Processo Penal Brasileiro
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948
HC	Habeas corpus
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO NORTEADOR DO PROCESSO PENAL E O INSTITUTO PROCESSUAL DA PRISÃO PREVENTIVA	10
2.1 DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO NORTEADOR DO PROCESSO PENAL.....	10
2.2 DO INSTITUTO PROCESSUAL DA PRISÃO PREVENTIVA	12
2.1.1 Dos pressupostos para a decretação da prisão preventiva	13
2.1.2 Dos fundamentos para a decretação de prisão preventiva	13
2.1.3 Das hipóteses de cabimento da prisão preventiva	16
2.1.4 A possibilidade de utilização das medidas cautelares previstas no artigo 319 do código de processo penal e a prisão preventiva como <i>ultima ratio</i>	17
3 UMA BREVE ANÁLISE DO GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI E DA CRÍTICA DE EUGENIO RAÚL ZAFFARONI AO INIMIGO NO DIREITO PENAL	18
3.1 O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI	18
3.1.1 O utilitarismo penal reformado de Ferrajoli	18
3.1.2 O garantismo em defesa dos direitos fundamentais de Luigi Ferrajoli	21
3.2 O INIMIGO NO DIREITO PENAL: A CRÍTICA DE EUGENIO RAÚL ZAFFARONI	22
3.2.1 A essência do “inimigo” para Zaffaroni.....	22
3.2.3 O autoritarismo na América Latina: a prisão preventiva como aplicação de pena material e o discurso político e publicitário legitimador.....	23
3.2.3 A tática de contenção: a função essencial do direito penal no estado constitucional de direito.....	25
4 A (IM)POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO COMO FUNDAMENTO PARA A DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA SOB A ÓTICA DO GARANTISMO PENAL	26
4.1 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DADOS DA POPULAÇÃO PRISIONAL BRASILEIRA.....	26
4.2 A PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO EM INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: A NECESSÁRIA CONSONÂNCIA AO PRINCÍPIO GERAL DE LIBERDADE E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	29
4.2.1 A problemática do conceito indeterminado da “ordem pública”	31
4.2.2 Da violação ao princípio da presunção de inocência	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
REFERÊNCIAS.....	39

1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso abordará a controvérsia da utilização de inquéritos e ações penais em curso como fundamento do *periculum libertatis* para a decretação ou manutenção da prisão preventiva justificada na garantia da ordem pública, a partir da possibilidade dada ao aplicador do direito no comando expresso no artigo 312, *caput*, do CPP.

Ressalta-se que, consoante dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), divulgado em dezembro de 2017, pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça, o total de pessoas encarceradas no Brasil chegou a 726.712 (setecentos e vinte e seis mil, setecentos e doze) em junho de 2016, sendo que, desse total, cerca de 40% (quarenta por cento) tratavam-se presos provisórios, ou seja, não possuíam condenação judicial.

Com efeito, o percentual mencionado indica que mais de um terço da massa carcerária do Brasil é formada por presos provisórios, contribuindo para a ocorrência de rebeliões em presídios com péssimas condições de infraestrutura. Nessa perspectiva, diante do enorme percentual de presos provisórios existentes no Brasil, percebe-se a necessidade de análise da utilização de inquéritos e ações penais em curso como fundamento para decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública.

Portanto, indaga-se: A existência de inquéritos e ações penais em curso podem configurar o fundamento da decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública?

Assim, tem-se que o objetivo geral da presente pesquisa é realizar uma análise constitucional da prisão cautelar preventiva, fundamentando-se na teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli e na crítica de Eugenio Raúl Zaffaroni à figura do inimigo no direito penal, de maneira que, ao final, verificar se, em um sistema processual penal constitucional, inquéritos e ações penais em curso se consubstanciam em fundamento adequado para motivar decisões referentes à prisão preventiva para garantia da ordem pública.

Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos: analisar o princípio constitucional da presunção de inocência e estudar o instrumento da prisão preventiva, e seus respectivos requisitos previstos no artigo 312 e 313 do Código de Processo Penal; abordar a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli e a crítica de Eugenio Raúl Zaffaroni à figura do inimigo no direito penal e examinar a possível infração ao princípio geral da liberdade, através da violação do princípio da presunção de inocência sob a ótica do garantismo penal.

Parte-se da hipótese de impossibilidade de utilização de inquéritos e ações penais em curso como justificativa a se fundamentar o *periculum libertatis* para decretação ou manutenção da prisão preventiva baseado na garantia na garantia da ordem pública.

Assim, para viabilizar o teste da hipótese, realizar-se-á uma pesquisa de finalidade pesquisa básica-estratégica, com objetivo descritivo, sob o método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e realizada com procedimento bibliográfico e documental.

Assim, no primeiro capítulo do presente trabalho, proceder-se-á a uma análise do instituto da prisão preventiva, examinando seus pressupostos e fundamentos, e do princípio da presunção de inocência, culminando na exposição das medidas cautelares diversas à prisão e da prisão preventiva como *ultima ratio*.

Ademais, o segundo capítulo do trabalho tem por objetivo realizar uma breve análise da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli¹, em seu entendimento explicitado na obra *Direito e razão: teoria do garantismo penal*², perpassando pela abordagem do utilitarismo penal reformado de Ferrajoli e de que maneira a sua teoria visa a proteção de direitos fundamentais do acusado, além de proceder no enfoque da presunção de inocência para o garantismo penal.

Após, realizar-se-á um exame da crítica de Eugênio Raúl Zaffaroni³ à figura do inimigo no direito penal, abordada na obra *O inimigo no Direito Penal*⁴, perpassando pela análise da “essência” do inimigo para Zaffaroni, pela discussão acerca do autoritarismo na América Latina, através do discurso político e publicitário legitimador e a utilização da prisão preventiva como aplicação de pena material, culminando com a discussão acerca da função essencial do direito penal em um Estado Constitucional de Direito para Zaffaroni.

No terceiro e último capítulo, procederá a uma breve exposição da jurisprudência da 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça no tocante à decretação de prisão preventiva para garantia da ordem pública, fundamentando-se na existência de inquéritos e ações penais em curso em desfavor do acusado e, logo após, realizar-se-á um exame acerca do modo com que a utilização de inquéritos e ações penais em curso para fundamentar uma prisão cautelar violam o princípio geral de liberdade, previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal, e o princípio da presunção de inocência, perpassando pela problemática do conceito indeterminado da “ordem pública” sob a ótica do garantismo penal.

¹ Luigi Ferrajoli é professor de Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito na Universidade de Camerino, Itália.

² O exemplar utilizado para este trabalho está traduzido para a língua portuguesa: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

³ Eugenio Raúl Zaffaroni é um jurista e magistrado argentino. Foi ministro da Suprema Corte Argentina de 2003 a 2014 e, desde 2015, é juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁴ O exemplar utilizado para este trabalho está traduzido para a língua portuguesa: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

2 DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO NORTEADOR DO PROCESSO PENAL E O INSTITUTO PROCESSUAL DA PRISÃO PREVENTIVA

O presente capítulo procederá à uma análise do princípio constitucional da presunção de inocência e o seu papel norteador do processo penal, perpassando pelo exame do instituto processual da prisão preventiva e culminando na exposição da possibilidade de utilização das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal e a prisão preventiva como *ultima ratio*.

2.1 DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO NORTEADOR DO PROCESSO PENAL

Consoante destaca Aury Lopes Júnior (2016, p. 94), a presunção de inocência remonta ao Direito romano, conforme verificado no escrito de Trajano “*satius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare*”⁵, mas foi atacada e invertida na inquisição da Idade Média, período no qual se afirmava que “a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade”.

Contudo, consoante Tourinho Filho (2010, p. 89), há mais de duzentos anos o artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 proclamava que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Ainda consoante o mencionado autor (2010, p. 89), tal princípio se espalhou pelo mundo civilizado, ditado pelo pensamento jurídico-liberal, e, no ano de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) declarou, em seu artigo XI, que “todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

No Brasil, o princípio da presunção de inocência, ou, como denominado por parte da doutrina processualista penal, princípio da presunção de inocência, encontra previsão no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, que declara que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

⁵ “É melhor ser considerado ruim, do que culpar um inocente”. (Tradução nossa)

Tem-se que o princípio da presunção de inocência é tido como uma ideia-força, de maneira a impedir o acusado seja tratado como se estivesse condenado, que sofre restrições de direito que não sejam necessárias ao cumprimento da lei penal e à apuração dos fatos, em síntese, que “não seja tratado como mero objeto de investigações, mas como sujeito de direitos, gozando de todas as garantias comuns ao devido processo legal, sobretudo às garantias da plena defesa (BATISTA, 1981).

Nesse sentido, afirma Gomes (2014, p. 11) que a CF/88 trouxe duas consequências imediatas no âmbito processual penal, quais sejam, a instituição de um princípio afirmativo do estado de inocência do indivíduo que está submetido à persecução penal e a garantia de que qualquer prisão seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita do juiz competente.

Além disso, consoante Torres (2002), conforme citado por Lopes Júnior (2016, p. 96), ao realizar uma análise constitucional e também do artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, vê-se as três principais manifestações, integradoras e não excludentes, da presunção de inocência:

- a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal;
- b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual).
- c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada.

Com efeito, o princípio em análise impõe um verdadeiro dever de tratamento, tendo em vista que exige que o acusado seja tratado como inocente, atuando em duas dimensões. Na dimensão externa, tem-se uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do réu, ou seja, deve ser utilizada como um limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato delituoso e do próprio processo judicial; e internamente, impõe-se como um dever de tratamento imposto ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador, além de implicar severas restrições ao uso das prisões cautelares (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 96).

Assim, conforme Nucci (2016, p. 77) a presunção de inocência confirma a excepcionalidade das medidas cautelares de prisão, já que uma pessoa inocente só pode ser levada ao cárcere quando se considerar realmente útil à instrução. Dessa maneira, evita-se a

vulgarização das prisões provisórias, na medida em que “muitas delas terminam por representar uma nítida – e indevida – antecipação de pena, lesando a presunção de inocência”.

Ainda conforme o mencionado autor, o princípio da presunção de inocência integra-se ao princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*), garantindo que, no caso de dúvida, deve sempre prevalecer o estado de inocência, absolvendo-se o acusado (NUCCI, 2016, p. 77).

Com efeito, consoante Castro (2008, p. 40), a presunção de inocência alcançou um status de princípio constitucional, que deve permear todo processo criminal, a fim de impor, dentre outras questões, limites à restrição da liberdade do acusado se inexistir qualquer sentença penal condenatória definitiva, visando à tutela do direito de ir e vir, que somente pode ser limitado cautelarmente quando a prisão provisória apresentar uma real função instrumental.

2.2 DO INSTITUTO PROCESSUAL DA PRISÃO PREVENTIVA

Conforme Capez (2016, p. 367), a prisão preventiva é uma modalidade de prisão provisória, ao lado do flagrante e da prisão temporária. Possui natureza cautelar e visa garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional, cuja natural demora pode comprometer sua efetividade, tornando-o inútil.

Nesse sentido, consoante SOUZA *et. al.* (2015, p. 721), deve-se ressaltar que, nos termos da norma insculpida no artigo 282 do CPP, a prisão preventiva é uma medida extrema, que somente deverá ser decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar prevista no diploma processual penal que seja capaz de garantir a cautelaridade.

Ademais, a prisão preventiva trata-se, especificamente, uma espécie de medida cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou representação da autoridade policial, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (neste último, pode ser decretado de ofício pelo juiz), sempre que estiverem presentes os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal (SOUZA, *et. al.*, 2015, p. 721).

Em tempo, destaca-se que não se verifica, em lei, um prazo determinado para a sua duração, como ocorre, ao contrário, com a prisão temporária. Contudo, não se pode prolongar indefinidamente, por culpa do juiz ou por atos procrastinatórios do órgão acusatório, pois deve-se respeitar a razoabilidade de sua duração, não podendo transpor os limites do bom senso e da necessidade efetiva para instrução do feito (NUCCI, 2016, p. 575-576).

2.1.1 Dos pressupostos para a decretação da prisão preventiva

Consoante o artigo 312 do Código de Processo Penal⁶, o juiz somente pode decretar a prisão preventiva se estiver demonstrada a probabilidade de que o acusado tenha sido o autor de um fato típico e ilícito, tendo em vista a necessidade de prova da existência do crime (prova da materialidade delitiva) e indícios suficientes de autoria (CAPEZ, 2016, p. 368).

Nesse sentido, destaca Nucci (2016, p. 579), que a prova da existência do crime conceitua-se como a certeza de que ocorreu uma infração penal, não se podendo admitir o recolhimento cautelar de um indivíduo, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência de um crime.

Ainda, consoante o mencionado autor, o indício suficiente de autoria consubstancia-se na suspeita fundada de que o acusado, seja ele indiciado ou réu, é o autor da infração penal. Assim, não é exigida prova plena da culpa, tendo em vista a sua inviabilidade em um juízo meramente cautelar, feito, como regra, muito antes do julgamento do mérito (NUCCI, 2016, p. 579).

Trata-se, portanto, conforme Fernando Capez (2016, p. 368), da conhecida expressão *fumus boni iuris*, sendo fundamental a viabilidade da acusação, ou seja, não se admite a cautelar quando improvável, à luz do *in dubio pro societate*, a autoria imputada ao agente e a existência do crime.

2.1.2 Dos fundamentos para a decretação de prisão preventiva

No tocante aos seus fundamentos, destaca-se que, consoante Gomes (2014, p. 7), com o advento da Lei nº 12.403/2011, permite-se a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, para assegurar a aplicação da lei penal ou por conveniência da instrução criminal, podendo ainda ser decretada a cautelar nos casos de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, nos termos do artigo 282, §4º, do Código de Processo Penal⁷. Em tempo, destaca-se o fundamento da “garantia da ordem pública” será exposto no terceiro capítulo deste trabalho.

⁶ Artigo 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

⁷ Artigo 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
(...)

Nesse ínterim, consoante Lopes Júnior (2016, p. 652), a *garantia da ordem econômica* tutela o risco decorrente das condutas que, levadas a cabo pelo agente, afetam a harmonia e a tranquilidade da ordem econômica, seja por colocar em risco a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultosas.

Com efeito, na visão de Rangel (2006, p. 591), conforme citado por Castro (2008, p. 70), o mencionado fundamento permite a decretação da preventiva daquele que pratica alguma conduta no livre exercício das atividades econômicas, abusando de seu poder econômico, com o objetivo de tumultuar essas atividades e atingir a dominação dos mercados os quais pretende dominar.

Assim, o que se pretende com a ordem de prisão cautelar para garantia da ordem econômica é obstar que empresários venham no exercício da atividade econômica desestabilizar a saúde financeiras de outras empresas de maneira que, eliminando seus concorrentes, possa atingir o domínio dos mercados e auferir uma maior lucratividade (CASTRO, 2008, p. 70).

Ademais, no que concerne à *garantia da aplicação da lei penal*, Nucci (2016, p. 582) afirma tratar-se de um requisito que visa assegurar a finalidade útil do processo penal, consubstanciada em proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, de maneira a aplicar a devida sanção a quem é considerado o autor de uma infração penal.

Com efeito, consoante o mencionado autor, não há sentido no ajuizamento de uma ação penal, perpassando pelo respeito ao devido processo legal para a aplicação da lei penal no caso concreto, se o réu age contra esse propósito, ao ter, nitidamente, a intenção de frustrar o respeito ao ordenamento jurídico (NUCCI, 2016, p. 582).

Outrossim, Lopes Júnior (2016, p. 653) afirma tratar-se de prisão para evitar a fuga do imputado, tornando inócua a sentença penal por impossibilidade de aplicação da pena cominada. Para o autor, o risco de fuga representa uma tutela tipicamente cautelar, pois visa resguardar a eficácia da sentença e, portanto, do próprio processo.

Todavia, consoante Castro (2008, p. 71), a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal não apresenta características de função instrumental, ao contrário, funciona como uma causa de antecipação de pena, tendo em vista que visa resguardar a aplicação de uma sanção penal que pode até mesmo não ser infligida ao final do processo. Assim, o juiz, ao

§ 4o No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (artigo 312, parágrafo único).

decretá-la, trabalha com a presunção de fuga e de condenação do acusado, violando a sua presunção de inocência.

Com efeito, conforme o referido autor, a medida não visa o acautelamento do bom desenvolvimento processual, mas somente o acautelamento de uma medida extraprocessual, que pode ser aplicada, ou não, e, sendo o réu condenado, o decreto condenatório só pode ser executado após o seu trânsito em julgado (CASTRO, 2008, p. 71-72).

Nesse sentido, destaca Luigi Ferrajoli (2002, p. 448) que “o perigo de fuga, de fato, é principalmente provocado, mais que pelo medo da pena, pelo medo da prisão preventiva. Se não houvesse essa perspectiva, o imputado, ao menos até a véspera da condenação, teria ao contrário todo interesse de não se refugiar e de se defender”.

Em tempo, destaca-se a necessidade de elementos concretos e reais que ilustrem a possibilidade de fuga do imputado, pois ordenar uma prisão cautelar calcada em indícios de fuga e em meras suposições é “agir escancaradamente de forma contrária ao princípio da presunção de inocência” (CASTRO, 2008, p. 71).

Por conseguinte, no que tange à *conveniência da instrução criminal*, destaca-se que a conveniência de todo processo é que a instrução criminal seja realizada de maneira equilibrada, escoreita e imparcial, visando a busca da verdade real (NUCCI, 2016, p. 581).

Contudo, nesse caso, o estado de liberdade do acusado põe em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento processual, seja porque ele está ameaçando, constrangendo ou subornando testemunhas, vítimas e peritos, seja porque ele está alterando o local do crime ou destruindo documentos (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 632).

Nesse ínterim, Castro (2008, p. 72) afirma que em uma exegese garantista e atenta aos pilares do regime democrático, verifica-se que dentre todos os fundamentos da preventiva, apenas o da conveniência da instrução criminal afigura-se como compatível com a ordem constitucional vigente, servindo de instrumento para assegurar o bom desenvolvimento do processo.

Contudo, ressalta o referido autor que assim como no caso da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei, caso em que não se pode presumir o perigo de fuga, do mesmo modo não se pode presumir que o acusado, estando liberto, destruirá provas ou ameaçará testemunhas. Assim, para justificar a imposição da preventiva, o julgador deve decidir sobre bases firmes e elucidativas (CASTRO, 2008, p. 72).

Ressalta-se que não se justifica a prisão do acusado em nome da conveniência da instrução quando o que se pretende é prendê-lo para forçá-lo a participar de algum ato probatório, tais como acareação ou reconhecimento, ou interroga-lo. No primeiro caso, vê-se

uma clara violação ao direito de silêncio. No segundo caso, o sujeito passivo não é mais visto como um “objeto de prova”, fazendo com que o interrogatório seja, essencialmente, um momento de defesa pessoal. Assim, é inviável prender um indivíduo para assegurar o seu direito de defesa (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 652-653).

2.1.3 Das hipóteses de cabimento da prisão preventiva

Consoante o artigo 313 do Código de Processo Penal⁸, a prisão preventiva poderá ser decretada nas hipóteses abordadas a seguir.

Vê-se que, conforme o inciso I no mencionado artigo, a prisão preventiva somente é cabível em crimes dolosos em que haja a previsão de pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. Assim, é imperioso afirmar que não é cabível a decretação de prisão preventiva pela prática de delito culposo, em nenhuma hipótese. No caso de crime doloso, o critério de proporcionalidade vem demarcado pela lei: a pena máxima cominada ao delito deve ser superior a quatro anos (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 655).

Ademais, consoante o artigo II, a cautelar pode ser decretada se o acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença com trânsito em julgado, ressalvada a regra prevista no I do caput do artigo 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940⁹. Assim, ressalta Capez (2016, p. 370) que mesmo que a pena máxima cominada ao delito seja igual ou inferior a quatro anos caberá a cautelar máxima.

Por conseguinte, estabelece o inciso III que é cabível a decretação da preventiva se o delito envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, adolescente, criança, idoso, pessoa com deficiência ou enfermo, visando a garantia da execução das medidas protetivas de urgência. Nessa hipótese, o dispositivo cria uma espécie de vulnerabilidade doméstica, em que

⁸ Artigo 313. Nos termos do artigo 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
 II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do artigo 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
 III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
 IV - (revogado).

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

⁹ Artigo 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

a cautelar máxima é utilizada para dar eficácia à medida protetiva aplicada (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 657).

Com efeito, consoante o mencionado autor (2016, p. 658), deve-se analisar qual foi a medida protetiva decretada, para viabilizar a adequação da prisão em relação a esse fim, bem como a proporcionalidade. Em outra hipótese, é incabível a prisão preventiva.

Por fim, dispõe o parágrafo único do referido artigo que é possível a decretação da prisão preventiva se houver dúvida no tocante a identidade civil da pessoa, ou quando esta não fornecer os elementos necessários para o seu esclarecimento, sendo imperioso que o preso seja colocado em liberdade imediata após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da cautelar.

Assim, no caso em análise, conforme Capez (2016, p. 370), não importa a quantidade de pena ou a natureza do crime. A Lei nº 12.037/2009, que deve servir de parâmetro para a configuração da presente hipótese, destaca as situações em que, mesmo que apresentado o documento de identificação, é autorizada a identificação criminal.

2.1.4 A possibilidade de utilização das medidas cautelares previstas no artigo 319 do código de processo penal e a prisão preventiva como *ultima ratio*

Tem-se no artigo 319 do Código de Processo Penal, diversas possibilidades de aplicação de medidas cautelares diversas à prisão, tais como o comparecimento periódico no juízo da instrução, nas condições e no prazo fixado pelo juiz, para informar e justificar atividades e o monitoramento eletrônico.

Nesse ínterim, consoante o artigo 282 do referido diploma legal, as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando: “I - 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” e “II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”.

Com efeito, segundo Bernardes (2019, online), a medida cautelar a ser aplicada deve ser proporcional à gravidade da conduta praticada, bem como à eventual pena a ser aplicada após o julgamento do processo, a fim de ocorra razoabilidade no que se refere a aplicação de uma medida que seja, de fato, necessária ao caso concreto.

Outrossim, vê-se que as medidas cautelares, exigem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não sendo possível a sua imposição quando não estiverem presentes os fundamentos da prisão preventiva (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 674).

Além disso, consoante dispõe o artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 23.403/2011, somente se autoriza a decretação da prisão cautelar caso as demais medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal não sejam cabíveis na espécie, ou seja, não surtiriam efeito no caso concreto (BERNARDES, 2019, online).

Com efeito, conforme o mencionado autor (2019, online), a medida alternativa deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, contudo, atendendo a proporcionalidade, o aplicador deve visar a utilização de restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação. Assim, as medidas cautelares devem priorizar o caráter substitutivo, isto é, como alternativas à prisão cautelar, de maneira a se reservar a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado.

Nesse sentido, a prisão preventiva continua prevista em lei, mas deixou de ser a única medida da qual o magistrado dispõe para assegurar a ordem do processo. Desse modo, agora, mais do que nunca, entende-se que a prisão preventiva somente pode ser decretada quando não se demonstrar cabível a sua substituição por outra medida cautelar, consubstanciando-se na *ultima ratio* entre as medidas cautelares (YAROCHEWSKY, 2019, online).

3 UMA BREVE ANÁLISE DO GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI E DA CRÍTICA DE EUGENIO RAÚL ZAFFARONI AO INIMIGO NO DIREITO PENAL

O presente capítulo realizará uma breve abordagem da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, consoante entendimento exposto na obra *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, e da crítica de Eugênio Raúl Zaffaroni à figura do inimigo no direito penal, abordada na obra *O inimigo no Direito Penal*.

3.1 O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI

No presente momento, ao se expor a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, será analisado o utilitarismo penal reformado de Ferrajoli, a presunção de inocência para o garantismo penal, bem como a abordagem da teoria do garantismo penal e a sua proteção de direitos fundamentais do acusado.

3.1.1 O utilitarismo penal reformado de Ferrajoli

Em sua obra *Direito e razão*, Luigi Ferrajoli (2002, p. 266-267) realiza uma crítica às doutrinas utilitaristas de prevenção negativa, afirmando que, em que pese tais doutrinas possuírem o mérito de realizar uma separação entre os meios penais, entendidos como os males, dos objetivos extra-penais idôneos a justificar a aplicação da lei penal, sendo tal separação necessária, dentre outros motivos, a avaliar os custos representados pelas penas diante dos danos que estas têm o objetivo de prevenir, não embasam, no plano metaético, “critérios de justificação idôneos não apenas a legitimar, mas também a deslegitimar as penas”.

À vista disso, o referido autor (2002, p. 267) expõe que o objetivo justificante proposto é somente a máxima utilidade possível dos não desviantes, sem considerar o mínimo sofrimento necessário dos desviantes e, tampouco, o custo das penas suportado por quem, sem ou com razão, se submete à pena. Assim, afirma que tais doutrinas se prestam a serem utilizadas como justificadoras de sistemas de direito penal máximo, mormente por estarem ideologicamente viciadas pela ausência do parâmetro utilitário do mínimo mal-estar necessário dos desviantes.

Por conseguinte, Ferrajoli explicita que o tipo de utilitarismo utilizado nas diversas doutrinas de prevenção historicamente elaboradas, sendo elas as de prevenção geral positiva ou negativa e de prevenção especial, comissura o objetivo utilitário da pena somente por meio do parâmetro benthamiano e beccariano da “máxima felicidade dividida pelo maior número possível de pessoas”, que, por dizer respeito somente à máxima utilidade da maioria, orienta as escolhas para a adoção de meios penais “maximamente fortes e ilimitadamente severos” (FERRAJOLI, 2002, p. 267).

Sendo assim, Ferrajoli sugere que para corrigir estes defeitos e fundamentar adequadamente a doutrina da justificação externa com os limites do direito penal, deve-se recorrer ao segundo parâmetro utilitário do mínimo mal-estar necessário dos desviantes, não podendo este referir-se ao objetivo da prevenção de delitos, onde se aplica o princípio da “pena mínima necessária” à prevenir a prática de crimes, por se referir a um “genérico critério de humanitário bom senso, totalmente privado de função limitativa” (FERRAJOLI, 2002, p. 267).

Contudo, consoante Ferrajoli (2002, p. 268), o princípio da pena mínima pode ser utilizado no objetivo da prevenção do mal da maior reação, arbitrária, selvagem, punitiva mas não penal, que, na ausência das penas, poderia advir da parte do ofendido ou de forças institucionais ou sociais solidárias a ele. Assim, o impedimento desse mal representa o segundo e fundamental objetivo que justifica o direito penal, de maneira a tutelar não apenas o ofendido, mas o acusado em face de reações informais, sejam elas públicas ou privadas.

Além disso, o mencionado autor ressalta que a existência da prevenção das reações informais não significa que o objetivo da prevenção geral dos delitos seja uma finalidade menos

essencial do direito penal, ao contrário, é a razão de ser primeira das proibições penais. Assim, o direito penal possui uma dupla função preventiva, quais sejam, a prevenção dos delitos e das penas arbitrárias ou desmedidas, sendo que a primeira indica o limite mínimo e a segunda o limite máximo das penas (FERRAJOLI, 2002, p. 269).

Destarte, para Luigi Ferrajoli (2002, p. 321-323) no que concerne ao limite mínimo da pena, tem-se que a vantagem da prática do crime não pode superar a desvantagem da pena, pois, sendo assim, a pena seria um “tributo”, e não cumpriria nenhuma função dissuasória. No que se refere ao limite máximo, o autor aduz que não deve superar a violência informal que na sua ausência o acusado sofreria pela parte ofendida. Nesse sentido, destaca que “é injustificado um limite mínimo que anule a eficácia preventiva da pena em relação aos delitos; mas também é injustificado um limite máximo que anule a justificação em relação aos maiores castigos informais prevenidos pela mesma”.

Assim, ressaltam Pinho e Albuquerque (2017, p. 60) que na visão garantista, a função preventiva das penas arbitrárias é a mais significativa, pois enquanto se mirar tão-somente a maioria, não haverá limites para o aumento de penas: o aumento da repressão ficará sempre condicionado “à necessidade de atender aos interesses de segurança coletiva”.

Tem-se, portanto, que para Ferrajoli a atuação do sistema penal é somente justificada quando “o conjunto das violências por ele efetivamente prevenidas é superior à soma das violências decorrentes dos delitos por ele não prevenidos e das penas a este cominadas” (WERMUTH, 2015, online).

Assim, ainda consoante Wermuth (2015, online), a proposta duplamente preventiva do Direito Penal visa a redução da violência na sociedade, seja a proporcionada pelo delito ou àquela desencadeada pela reação vindicativa do ofendido ou das pessoas a ele solidárias contra o réu. Dessa maneira, Ferrajoli refuta qualquer estado de guerra, tendo em vista que se estrutura na tolerância que exclui a guerra e a sua lógica amigo/inimigo.

Desta feita, conforme salientam Pinho e Albuquerque (2017, p. 23), o utilitarismo revisitado pelo garantismo “presta-se para prevenir não apenas os delitos, mas também os castigos injustos”, de maneira a não proteger somente o ofendido, mas também o ofensor.

Por esta razão, de acordo os referidos autores, o garantismo não convencionou com uma proposta de pena que possua como finalidade primordial a proteção da maioria (e sua subsequente falta de limites à sanção), sem contemplar a minoria. Dessa feita, percebe-se que, embora a proposta utilitarista se mantenha, a noção de prevenção é direcionada à minoria desviante, com a consequência direta de uma nítida preocupação com os limites punitivos, na

medida em que a pena não é utilizada como mecanismo de coerção, mas de proteção de direitos fundamentais (PINHO; ALBUQUERQUE, p. 23).

3.1.2 O garantismo em defesa dos direitos fundamentais de Luigi Ferrajoli

O autor Luigi Ferrajoli, em sua obra *Direito e razão*, aborda a teoria do garantismo penal, afirmando que o garantismo visa precipuamente a tutela dos valores e direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses de uma maioria, determina o objetivo que justifica o direito penal, isto é, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade de proibições e de punições, a defesa do fraco por meio de regras do jogo igual para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade (FERRAJOLI, 2002, p. 271).

Por tal razão, consoante Felipe Machado (2013, p. 129), Ferrajoli realiza uma crítica à arbitrariedade e, de igual modo, procede sua defesa de uma lógica judiciária pautada em atos de conhecimento que, através de argumentos e contra-argumentos, fundamentados em elementos empíricos, levam a uma decisão racionalmente motivada.

Durante a obra *Direito e razão*, Ferrajoli (2002, p. 271) explicita que o objetivo do direito penal não pode ser reduzido à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça que os delitos representam, mas procede a proteger o fraco contra o mais forte. Dessa maneira, afirma que a ameaça penal e a proibição protegem os possíveis ofendidos contra os crimes, enquanto o julgamento e a imposição de pena, consoante sua visão utilitarista reformada, protegem os réus contra a vingança e outras reações mais severas, ou seja, tutelam os seus direitos contra a violência arbitrária do mais forte.

Assim, consoante Ferrajoli, as duas finalidades preventivas – prevenção dos delitos e de penas arbitrárias – são conexas entre si, na medida em que legitimam a “necessidade política” do direito penal enquanto um instrumento de tutela dos direitos fundamentais, os que lhe delimitam “os âmbitos e os limites, enquanto bens que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições” (FERRAJOLI, 2002, p. 270).

Com efeito, Pinho e Albuquerque (2017, p. 60) salientam que para o garantismo, o Direito Penal deve ser observado “como um instrumento de proteção de direitos fundamentais e, por conseguinte, de proteção do mais fraco em relação ao mais forte: o fraco ofendido ou ameaçado pelo delito e o fraco ofendido e ameaçado pela vingança”.

Não é por outro modo que os referidos autores (p. 38) destacam que o garantismo penal integra o positivismo crítico e possui a Constituição Federal, e não a lei, como critério de legitimação dos atos jurídicos, com todo o seu complexo sistema de princípios e valores.

Em tempo, destaca-se que a teoria garantista defendida por Luigi Ferrajoli de aplicação de um utilitarismo reformado e a sua consequente tutela de direitos fundamentais, norteadas por princípios constantes na Constituição Federal, está diretamente relacionada à crítica realizada por Eugênio Raúl Zaffaroni à figura do inimigo no direito penal, conforme se observará a seguir.

3.2 O INIMIGO NO DIREITO PENAL: A CRÍTICA DE EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Tem-se, no presente momento, um breve exame da crítica de Eugênio Raúl Zaffaroni à figura do inimigo no direito penal, a partir da análise da “essência” do inimigo para Zaffaroni, pela discussão acerca do autoritarismo na América Latina, por meio do discurso político e publicitário legitimador e a utilização das prisões cautelares como aplicação de pena material, para, ao final, analisar qual seria a função essencial do direito penal em um Estado Constitucional de Direito.

3.2.1 A essência do “inimigo” para Zaffaroni

Em sua obra *O inimigo no Direito Penal*, Eugenio Raul Zaffaroni (2014, p. 12) procede a uma crítica à figura do inimigo no direito penal, afirmando que o estranho ou inimigo da sociedade, isto é, o ser humano considerado como ente perigoso e não como uma pessoa dotada de autonomia ética, consoante a teoria política, somente é compatível com um modo de Estado absoluto.

Nesse ínterim, Zaffaroni adverte que mesmo em etapa posterior à Segunda Guerra Mundial, leis com invocação de emergências justificadoras de Estados de exceção haviam sido aprovadas na Europa, nas quais se verificavam uma antecipação das barreiras de punição; desproporção das consequências jurídicas, em que haviam penas como medidas de contenção sem proporção com a lesão efetivamente inferida; bem como pela debilitação das garantias processuais e na identificação dos destinatários por meio de um movimento para o direito penal de autor (ZAFFARONI, 2014, p. 14).

Ademais, o mencionado autor (2014, p. 18) argumenta acerca da essência do tratamento diferenciado atribuído ao inimigo, na qual o direito lhe nega sua consideração de pessoa, a ser

considerado somente sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Nesse sentido, ao se estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos fundamentais, sendo a primeira incompatibilidade que a admissão de *hostis*, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito (ZAFFARONI, 2014, p. 18).

Posteriormente, Zaffaroni exemplifica a figura do inimigo ao expor que a privação de liberdade de uma pessoa pela prática de um quarto ou quinto delito de gravidade leve ou média contra a propriedade, mesmo quando existe condenações anteriores e cumprimento integral da pena, trata-se de uma reação desproporcional à natureza de seu injusto e de sua culpabilidade, de maneira a impor-lhe uma pena entendida como mera contenção, isto é, uma espécie de enjaulamento de um ente perigoso (ZAFFARONI, 2014, p. 18).

Nesse ínterim, o autor adverte que o Estado pode privar o indivíduo penalizado de sua cidadania, porque acredita que “por trás da máscara acredita encontrar um inimigo”, contudo, isso não implica que esteja autorizado a privá-lo de sua condição de pessoa e, pelo simples fato de sê-lo, de sua qualidade de portador de todos os direitos (ZAFFARONI, 2014, p. 19).

Outrossim, o mencionado autor (2004, p. 12) afirma a sua particular intolerância, no plano da teoria política, à criação da categoria jurídica de inimigo ou estranho no direito ordinário, seja penal ou qualquer outro ramo, de um Estado constitucional de direito, que só pode admiti-lo excepcionalmente nas previsões de seu direito de guerra e com as limitações impostas pelo direito internacional dos direitos humanos.

3.2.3 O autoritarismo na América Latina: a prisão preventiva como aplicação de pena material e o discurso político e publicitário legitimador

Após realizar uma análise histórica do poder punitivo, perpassando pela Revolução Mercantil e Industrial, bem como procedendo a um exame do autoritarismo nos séculos XX e XXI, Zaffaroni aborda o autoritarismo na América Latina, destacando que as características que evidenciam o poder punitivo latino-americano atual em relação ao aprisionamento.

Nesse sentido, afirma que a grande maioria dos presos, por volta de três quartos, está submetida a medidas de contenção, tendo em vista que são somente processados não condenados. Assim, destaca que do ponto de vista meramente formal, isso constitui uma inversão do sistema penal, contudo, segundo a realidade descrita pela criminologia, trata-se de um poder punitivo que historicamente preferiu operar mediante a prisão preventiva ou por

medida de contenção provisória transformada definitivamente em prática (ZAFFARONI, 2014, p. 70).

Por tal razão, aduz (2014, p. 70) que quase todo o poder punitivo latino-americano é exercido sob a forma de medidas, isto é, tudo se converteu em privação de liberdade sem a necessidade de uma sentença firme, mas, tão somente, por uma presunção de periculosidade.

Nesse ínterim, Zaffaroni relembra que em casos de delitos graves, a prisão preventiva é seguida por penas absurdamente prolongadas ou reclusões perpétuas; os indesejáveis são eliminados por meio de medidas administrativas, penas desproporcionais (em casos de reincidentes) e internação em unidades prisionais marcados por altíssimos índices de violência, de mortalidade hétero e auto agressiva e de morbidade, isto é, alta probabilidade de eliminação física, paralelamente às execuções policiais e para-policiais sem processo (ZAFFARONI, 2014, p. 70).

Ante tais razões, o autor (2014, p. 71) ressalta que, em síntese, pode-se afirmar que o poder punitivo exercido na América Latina é realizado mediante medidas de contenção para suspeitos perigosos, ou seja, “trata-se, na prática, de um direito penal de periculosidade presumida, que é a base para imposição de penas sem sentença condenatória formal à maior parte da população encarcerada”.

Em sua obra, Zaffaroni ainda rememora que o discurso do atual autoritarismo norte-americano é o mais difundido do mundo e que o seu simplismo popularesco é imitado em todo o planeta, embora tenha maior êxito na América Latina, tendo em vista a sua precariedade institucional. Ressalta que a difusão mundial deste discurso se dá pela sua brevidade e pelo seu impacto emocional do estilo vindicativo, que se encaixa perfeitamente na lógica discursiva da televisão (ZAFFARONI, 2014, p. 72).

Nesse sentido, afirma o autor (2014, p. 73) que, como a mensagem é facilmente propagada, rentável para os empresários da comunicação social e funcional para o controle dos excluídos, não é incomum o apoderamento desse discurso pelos políticos. Assim, como o político que pretende confrontar essa mensagem será marginalizado e desqualificado dentro de seu próprio partido, este acaba assumindo-o, seja por oportunismo, cálculo eleitoreiro ou por medo.

Assim, afirma que, por todas essas razões:

Vende-se a ilusão de que se obterá mais segurança urbana contra o delito comum sancionando leis que reprimam acima de qualquer medida os raros vulneráveis e marginalizados tomados individualmente (amiúde são débeis mentais) e aumentando a arbitrariedade policial, legitimando direta ou indiretamente todo gênero de violência, inclusive contra quem contesta o discurso publicitário. (ZAFFARONI, 2014, p. 75)

Em tempo, ressalta que, com isso, não apenas se glorifica a insegurança, contudo, ao proclamar a existência de uma leniência generalizada ou a existência de uma pretensa impunidade, gera-se uma metamensagem incitadora de crimes aos excluídos. Assim, a mensagem, ao contrário de ser indiferente à criminalidade comum, em tempos de carência de projetos existenciais, exclusão social e desemprego, culmina na produção de efeitos reprodutores (ZAFFARONI, 2014, p. 76).

Dessa maneira, reforça-se a convicção de que um mundo desordenado pode ser corrigido com disciplina imposta por meio de repressão discriminada e, igualmente, reitera-se o pensamento de que o delito é uma atividade impune e fácil.

3.2.3 A tática de contenção: a função essencial do direito penal no estado constitucional de direito

Em sua obra *O inimigo no Direito Penal*, Eugenio Raúl Zaffaroni (2014, p. 172) ressalta que a função do direito penal de todo Estado de direito, que tem a doutrina penal como ordenadora de um exercício racional do poder jurídico, deve visar a contenção e a redução do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis. Nesse sentido, destaca que o direito penal é um apêndice indispensável do direito constitucional de um Estado de direito, pois, no caso de não caminhar para o ideal de Estado de direito; quando deixa de fazê-lo, engrandece-se o Estado de polícia.

Com efeito, na medida em que o direito penal, programador do poder jurídico de contenção do Estado de polícia, deixe de cumprir sua função, isto é, legitime o tratamento de algumas pessoas como inimigos, renuncia o princípio do Estado de direito e, nesse sentido, “abre espaços para o avanço do poder punitivo sobre todos os cidadãos e, conseqüentemente para o Estado de polícia. Em outras palavras, cede terreno em sua função de contenção ou de dique em permanente resistência” (ZAFFARONI, 2014, p. 172).

Assim, Zaffaroni (2014, p. 172-173) afirma que dada a sua função política, o direito penal deve ser sempre parcial, nunca neutro, de maneira a que, em qualquer circunstância, deve fortalecer a contenção dos ideais absolutistas, ou seja, deve estar sempre ao lado do Estado de direito. Assim, como teoria jurídica, não pode separar-se da prática de orientar a jurisprudência e manter a sua responsabilidade política na dialética permanente de todo Estado de direito histórico, sob risco de desequilíbrio e perda de sua essência.

Em tempo, Zaffaroni rememora que referir-se a um direito penal garantista em um Estado de direito é uma grosseira redundância, tendo em vista que não pode haver nele outro

direito penal, senão o de garantias, de maneira que “se supõe que todo penalista, nesse marco, é partidário das garantias, isto é, garantista” (ZAFFARONI, 2014, p. 173).

Por tal razão, assevera que:

O direito penal de garantias é inerente ao Estado de direito porque as garantias processuais penais e as garantias penais não são mais do que o resultado da experiência de contenção acumulada secularmente e constituem a essência da cápsula que encerra o Estado de polícia, ou seja, são o próprio Estado de direito. O direito penal de um Estado de direito, por conseguinte, não pode deixar de esforçar-se em manter e aperfeiçoar as garantias dos cidadãos como limites redutores das pulsões do Estado de polícia, sob pena de perder sua essência e seu conteúdo (ZAFFARONI, 2014, p. 173).

Ante tais razões, o autor afirma que a criação do inimigo no direito ordinário, não propriamente o de guerra ou bélico, de um Estado de direito o destrói, tendo em vista que obscurece os limites do direito penal invocando a guerra, e os do direito humanitário, ao invocar a criminalidade. Ressalta que ainda que se o faça, ou se queira fazê-lo de maneira prudente, mais cedo ou mais tarde, ao depender das circunstâncias políticas que concedam um maior poder ao soberano, “desemboca-se no Estado de polícia e passa-se, então, para o Estado absoluto” (ZAFFARONI, 2014, p. 171).

4 A (IM)POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO COMO FUNDAMENTO PARA A DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA SOB A ÓTICA DO GARANTISMO PENAL

O presente capítulo realizará uma breve exposição de julgados da 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça que ratificam o entendimento jurídico da possibilidade de utilização de inquéritos e ações penais em curso para fundamentar uma prisão preventiva para garantia da ordem pública, logo após, perpassando pela problemática da existência do conceito indeterminado da “ordem pública” sob a ótica do garantismo penal, será realizada uma análise acerca da maneira pela qual a utilização de inquéritos e ações penais em curso para fundamentar uma cautelar máxima viola o princípio geral da liberdade e o princípio da presunção de inocência.

4.1 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DADOS DA POPULAÇÃO PRISIONAL BRASILEIRA

Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), verificam-se julgados da 5ª e 6ª Turmas favoráveis a utilização de inquéritos e ações penais em curso como

fundamento para a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Nesse sentido, veja-se acordãos recentes:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. REITERAÇÃO DELITIVA DE UM DOS RECORRENTES. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal – CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no artigo 319 do CPP.

2. A prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada pelas instâncias ordinárias, com base em elementos extraídos dos autos, a gravidade concreta da conduta e a periculosidade dos recorrentes, evidenciadas pela elevada quantidade de droga localizada - 114kg de maconha, 10 comprimidos de rohipnol - circunstâncias que, somadas à apreensão de quantia em dinheiro, veículos, balanças, notebooks, fontes, celulares, carregadores e rádio, demonstram risco ao meio social.

3. Ademais, a prisão também se mostra necessária para evitar a reiteração na prática delitiva, uma vez que, conforme destacado, um dos recorrentes figura como réu em outro processo criminal por tráfico de drogas. Nesse contexto, forçoso concluir que a prisão processual está devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, não havendo falar, portanto, em existência de evidente flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação.

4. Conforme orientação jurisprudencial desta Corte, inquéritos e ações penais em curso constituem elementos capazes de demonstrar o risco concreto de reiteração delituosa, justificando a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública.

5. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ que as condições favoráveis do recorrente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.

6. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.

7. Recurso ordinário desprovido.

(STJ, 2019, on-line) (grifou-se)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, LAVAGEM DE DINHEIRO E FALSIDADE IDEOLÓGICA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE E RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA SEGREGAÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE

DEMONSTRAÇÃO DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE O TRATAMENTO DE SAÚDE E O ENCARCERAMENTO. DIREITO AO RECOLHIMENTO EM CELA ESPECIAL GARANTIDO PELA CORTE A QUO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. A custódia cautelar foi devidamente fundamentada, nos exatos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do agente e do risco concreto de reiteração delitiva.

2. Com efeito, o Magistrado singular assinalou que o Recorrente seria o líder de complexa organização criminosa, cujos integrantes "praticaram (e praticam) reiteradamente ilícitos, mediante a reintrodução no mercado financeiro e a conversão em ativos lícitos de milhões de reais oriundos de infrações penais antecedentes", e que a medida extrema foi decretada para impedir a continuidade da ocultação de valores oriundos da lavagem de capitais. Afirmou, ainda, o risco de reiteração delitiva.

3. A Corte a quo reforçou tal fundamentação, assentando que a organização criminosa aparentemente liderada pelo Recorrente tem por finalidade essencial a lavagem de dinheiro, mormente relacionado ao crime de tráfico de drogas, e que o montante ilícito alcançou, pelo menos, R\$ 46.000.000,00 (quarenta e seis milhões de reais), do qual pouco foi recuperado até o momento. Destacou, ainda, que o Acusado possui condenações pela prática dos crimes de peculato, porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e tráfico de drogas.

4. Inquéritos policiais e processos em andamento, embora não tenham o condão de exasperar a pena-base no momento da dosimetria da pena (Súmula n.º 444/STJ), são elementos aptos a demonstrar, cautelarmente, receio concreto de reiteração delitiva, fundamento suficiente para a decretação/manutenção da prisão antecipada.

5. A existência de condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema.

6. Quanto ao pleito de prisão domiciliar, sob o argumento de que Recorrente estaria acometido de obesidade mórbida, o entendimento desta Corte Superior é o de que, à luz do disposto no artigo 318, inciso II, do Código de Processo Penal, o Acusado deve comprovar o grave estado de saúde em que se encontra e a incompatibilidade entre o tratamento de saúde e o encarceramento – o que não se verificou na hipótese dos autos.

7. No que tange à alegação de que o Recorrente, por possuir curso superior completo, faria jus à prisão domiciliar, também não se evidencia a existência de qualquer ilegalidade na espécie, pois a Corte a quo, atenta ao disposto no artigo 295 do Código de Processo Penal, garantiu ao Recorrente o direito ao recolhimento em cela especial.

8. Recurso ordinário desprovido.

(STJ, 2019, on-line) (grifou-se)

Nesse sentido, é imperioso afirmar que a utilização de inquéritos e ações penais em curso para fundamentar o risco concreto de reiteração delitiva e decretar-se a prisão preventiva para garantia da ordem pública conduz, além da violação do princípio geral de liberdade e da presunção de inocência, conforme será abordado a seguir, ao aumento da população carcerária brasileira, especialmente de presos provisórios.

Nesse sentido, segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), divulgado em dezembro de 2017, pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça, o total de pessoas encarceradas no Brasil chegou a 726.712 (setecentos e vinte e seis mil, setecentos e doze) em junho de 2016, sendo que, desse total, cerca de 40% (quarenta por cento) tratavam-se presos provisórios, ou seja, não possuíam condenação judicial (INFOPEM, 2017, online).

4.2 A PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO EM INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: A NECESSÁRIA CONSONÂNCIA AO PRINCÍPIO GERAL DE LIBERDADE E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Consoante o artigo 1º da Constituição Federal de 1988¹⁰, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, o qual estabelece, segundo José Afonso da Silva¹¹, o princípio democrático, que confere garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais.

Ademais, nos termos do artigo 5º da Magna Carta de 1988¹², garante-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade de diversos direitos fundamentais, dentre eles o direito à liberdade, também denominado princípio geral de liberdade¹³.

Nesse ínterim, o texto constitucional de 1988, nas diversas alíneas do mencionado artigo, concretiza os princípios consagrados em seu *caput* através de direitos individuais, entendidos como “prerrogativas fundamentais atribuídas aos particulares em face do Estado e de outros particulares, visando a proteção de valores como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade” (CUNHA JÚNIOR; NOVELINO, 2016, p. 34).

Com efeito, nos incisos LVII e LXVI do artigo 5º da Magna Carta de 1988, ao garantir-se o direito fundamental à liberdade, é assegurado, respectivamente, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

¹⁰ Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...)

¹¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros: São Paulo. 37ª ed. 2014. p. 124.

¹² Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)

¹³ Consoante descrito por Dirley da Cunha Júnior e Marcelo Novelino, na obra *Constituição Federal para concursos*. 7ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

Em tempo, destaca-se que, conforme Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 69), na medida em que a Constituição, concretizada pela vontade do povo, autêntico titular do poder constituinte, possui uma hegemonia sobre todo o sistema normativo, nenhuma norma infraconstitucional pode entrar em conflito com a Magna Carta sem ter de ceder o seu espaço para a supremacia da Lei Fundamental.

Outrossim, consoante Dirley da Cunha Junior e Marcelo Novelino (2016, p. 14), os direitos individuais concretizam os princípios constitucionais, e estes, por sua vez, desempenham um importante papel, seja de forma direta, quando utilizados como razões para decidir um caso concreto, seja de forma indireta, quando atuam como diretriz para a elaboração, aplicação e interpretação de normas no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, destaca Castro (2008, p. 42) que o princípio da presunção de inocência, positivado no texto constitucional, adquiriu força suprema, devendo servir de topo hermenêutico para todo o ordenamento jurídico, em especial para a disciplina do direito processual penal.

Ainda, conforme o mencionado autor, a presunção de inocência, por situar-se no epicentro do ordenamento jurídico, serve de alicerce e dita as diretrizes mestras que devem ser observadas e seguidas por todas as instituições do Estado, tendo em vista que o seu desrespeito pode acarretar a ruína dos pilares do regime democrático preestabelecido e a violação dos direitos humanos fundamentais tutelados no texto constitucional (CASTRO, 2008, p. 42).

Portanto, ainda que a maior parte dos direitos fundamentais esteja adstrito a uma pequena parcela da população, quando se trata acerca de violência e, mormente de repressão ao crime e criminalidade, não se pode por indignação, emoção ou por qualquer outro motivo que aparentemente se mostre relevante, ignorar as garantias fundamentais previstas no texto constitucionais que guardem relação direta com o direito processual penal (CASTRO, 2008, p. 107).

Com efeito, consoante o referido autor (2008, p. 19), obstada a aplicação das garantias fundamentais, está se pactuando com a ideia de um processo penal repressivista (direito penal máximo), quando na ordem jurídica vigente o ideal perfaz-se na prevalência de um processo instrumental e um direito penal mínimo, que não existe somente para fins de persecução penal, mas fundamentalmente para tutelar os direitos humanos fundamentais do imputado – sistema penal garantista.

Assim, decorre a ideia de que a prisão preventiva, como qualquer outra medida cautelar, não pode possuir um caráter de satisfatividade, isto é, consubstanciar-se em um instituto de antecipação de tutela penal ou execução provisória da pena (YAROCHEWSKY, 2015, online).

4.2.1 A problemática do conceito indeterminado da “ordem pública”

Conforme o artigo 312 do Código de Processo Penal¹⁴, a prisão preventiva pode ser decretada, dentre outros motivos, para garantia da ordem pública, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, conforme anteriormente assinalado.

Com efeito, Nucci (2016, p. 579) afirma que a garantia da ordem pública se trata da hipótese de interpretação mais flexível e ampla na avaliação da necessidade da prisão preventiva, sendo entendida pela expressão como a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade que, como regra, é abalada pela prática de um crime.

Ainda consoante o mencionado autor, a garantia da ordem pública pode ser visualizada pelo trinômio: gravidade concreta da infração mais repercussão social e periculosidade do agente. Assim, se o delito praticado for grave, com reflexo negativo e traumático na vida de muitos, de particular repercussão, propiciando aos que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e insegurança, caberá ao Judiciário determinar o recolhimento do agente (NUCCI, 2016, p. 579).

Ademais, Fernando Capez (2016, p. 369) discorre acerca da garantia da ordem pública, afirmando que, nessa hipótese, a cautelar é decretada com o intuito de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, em um caso que não se pode aguardar até o final do processo para, somente então, retirá-lo do convívio social. Nesse caso típico de *periculum in mora*, “a natural demora da persecução penal põe em risco a sociedade”.

Todavia, ressalta o autor que o clamor social, por si, não autoriza a custódia cautelar, pois sem *periculum in mora* não há prisão preventiva. Com efeito, o clamor popular é somente uma alteração emocional coletiva provocada pela repercussão de um crime e, sob tal pálio, muita injustiça pode ser feita. Por essa razão, a gravidade da imputação, ou seja, a brutalidade de um crime que provoca comoção no meio social, gerando sensação de descrédito pela demora na prestação jurisdicional e impunidade, não pode por si só justificar a prisão preventiva (CAPEZ, 2016, p. 369).

Nesse ínterim, Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa (2015, online) destacam que a prisão preventiva para garantia da ordem pública não guardam relação com os fins puramente processuais e cautelares que marcam e legitimam esses provimentos, na medida em

¹⁴ Artigo 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

que sua origem remonta à Alemanha na década de 30, período histórico em que o nazifascismo buscava “uma autorização geral e aberta pra prender”.

Assim, os referidos autores (2015, online) expõem que o conceito de garantia da ordem pública trata-se de um conceito que pode servir a diferentes senhores, tendo em vista ser um conceito impreciso, indeterminado, vago e despido de qualquer de qualquer referencial semântico. Nesse sentido, destaca Gomes Filho:

A ideia de "ordem pública", longe de representar um conceito que pode ser corretamente delimitado, constitui um recurso retórico do legislador, utilizado "com o objetivo de superar a rigidez tipificadora da dogmática jurídica" e que implica a ruptura dos padrões de unidade e hierarquia inerentes aos princípios da constitucionalidade, da legalidade e da certeza jurídica. Cuida-se no dizer de Warat, de uma expressão estereotipada, portadora de evidente carga emocional, cujo significado real depende de fungíveis conteúdos axiológicos ou ideológicos; assim, quando o legislador a utiliza, está autorizando os juízes a emitirem, em suas sentenças, definições persuasivas que, "sob a aparência de definições empíricas, encobrem juízos de valor" (GOMES FILHO, 1991, p. 66).

Em virtude disso, a doutrina e a jurisprudência justificaram o uso da hipótese de decretação de prisão preventiva com a justificativa de garantia da ordem pública em diversos fundamentos, dentre eles o risco considerável de reiterações de ações delituosas, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, caso solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o crime anteriormente praticado (SOUZA, *et. al.*, 2015, p. 729).

Contudo, consoante o referido autor (2015, p. 729), a doutrina minoritária, visando resguardar as garantias do réu, dispõe que a prisão preventiva para garantia da ordem pública não pode possuir caráter cautelar, isto é, de cumprimento antecipado de pena. Dessa maneira, argumenta que utilizar a justificativa de garantia de ordem pública para proteger interesses alheios, como o de evitar a prática de outras infrações penais, considerada uma finalidade extraprocessual, não ofende somente a natureza da medida cautelar da prisão preventiva, mas também os direitos e garantias fundamentais previstos na Magna Carta.

Nesse sentido, de acordo com Sanguiné (2003, p. 114), a prisão preventiva para garantia da ordem pública acaba a ser utilizada como uma função de prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir com a segurança da sociedade. Contudo, ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir, desvirtua-se a verdadeira natureza e sentido da prisão provisória.

Assim, destaca-se a inconstitucionalidade de se atribuir à prisão cautelar a função de tutelar situações de perigo cujo objeto não é a prova ou a efetividade do processo, atendendo a natureza de medida de segurança ao pretender isolar um sujeito supostamente perigoso. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), faz-se

absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva que amplie o conceito de cautelar até o ponto de se transformar em medida de segurança (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2015, online).

Nesse ínterim, Nicolitt (2011, p. 69) destaca que o que tutela, ou deveria tutelar, a ordem pública é a pena, de maneira que usar a prisão processual para garanti-la é antecipar os efeitos da pena, o que é inconstitucional. Desse modo, Sanguiné (2003, p. 114) expõe que:

Quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político-criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza.

Por tal razão, SOUZA *et. al.* (2015, p. 728) afirma que toda prisão cujo objetivo transcenda a ordem processual padece de inconstitucionalidade, tendo em vista que as medidas cautelares de natureza pessoal devem ter somente finalidades endo processuais, isto é, de garantir a realização do processo.

4.2.2 Da violação ao princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, conforme enunciado no primeiro capítulo do presente trabalho, está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Magna Carta de 1988 e prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Logo, o tratamento a ser dispensado, em regra, ao acusado ou investigado deve estar de acordo com essa garantia constitucional, de modo que a prisão cautelar não pode ser a regra (GUERCH; UMPIERRE, 2008, p. 3).

Primeiramente, destaca-se que, consoante o artigo 395 do Código de Processo Penal¹⁵, será proferida decisão que recebe a denúncia ou a queixa, e o conseqüente início da ação penal, se não forem manifestamente ineptas, não faltar-lhes pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal e não faltar-lhes justa causa, que consoante Fernando Capez (2016,

¹⁵ Artigo 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - for manifestamente inepta; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Parágrafo único. (Revogado). (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

p. 248), significa a presença de “qualquer elemento indiciário da existência de crime ou de sua autoria”.

Por outro lado, a sentença no processo penal define-se como o ato jurisdicional por excelência, com pleno cunho decisório, em que o juiz analisa e enfrenta a totalidade (sob pena de nulidade) das teses acusatórias e defensivas, a fim de demonstrar os motivos que o levam a decidir pela condenação ou absolvição do acusado (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 893-894).

Dessa maneira, sob a ótica da presunção de inocência, sendo a prisão preventiva um ato que restringe a liberdade de um indivíduo antes de uma sentença condenatória, deve estar fundamentada nas circunstâncias concretas do delito, sendo afastadas as prisões decretadas com fulcro em termos genéricos e abstratos (CAMPOS, 2014, p. 13).

Com efeito, consoante Gomes (2014, p. 7), o princípio da presunção de inocência e o seu consequente reconhecimento do estado de inocente faz com que seja imperativa a necessidade de uma fundamentação judicial pautada na indispensabilidade, proporcionalidade e necessidade para toda e qualquer privação de liberdade.

Ademais, o princípio da presunção de inocência, dentre suas inúmeras funções, veda a aplicação de qualquer medida coercitiva ao acusado como antecipação de pena, atribuindo-lhe prematuramente o status de culpado, sem que haja decreto condenatório definitivo (CASTRO, 2008, p. 47).

Por tal razão, Nicolitt (2011, p. 69), afirma que a prisão só é compatível com o princípio da presunção de inocência quando tem por objetivo a preservação do processo, pois, ao contrário, transforma-se em uma antecipação da pena.

Em tempo, destaca-se que um decreto preventivo pautado apenas nos antecedentes criminais do acusado coloca em risco a credibilidade do Poder Judiciário no que tange à segurança jurídica e social, “devendo, portanto, ter-se como referência a liberdade individual do agente, além dos princípios constitucionais” (CAMPOS, 2014, p. 14).

Assim, no tocante às decisões que decretam prisões preventivas por risco de reiteração delitiva sob o requisito da ordem pública, Aury Lopes Júnior (2016, p. 667) destaca que não está se atendendo ao processo penal, mas a função de polícia do Estado, que é completamente alheia ao fundamento e objeto do processo penal.

Outrossim, conforme o referido autor, ao se decretar prisões preventivas por risco de reiteração de delitos, faz-se um diagnóstico absolutamente impossível de ser realizado, salvo para os casos de vidência e bola de cristal, por ser flagrantemente inconstitucional. Em tempo, afirma que a única presunção que o texto constitucional permite é a de inocência, e esta, por sua vez, permanece intacta em relação a fatos futuros.

Nesse ínterim, ressalta Eugênio Raúl Zaffaroni¹⁶ que quando um indivíduo é privado de algum direito apenas por ser considerado um ente perigoso, anula-se a sua condição de pessoa e cria-se a figura do inimigo (não-pessoa) como referência aquele que é privado de certos direitos fundamentais.

Assim, ao se garantir ao indivíduo o direito fundamental da presunção de inocência em um decreto de prisão preventiva, deve-se realizar uma análise dos requisitos legais em consonância com o caso em concreto, sem valorar aos antecedentes criminais uma dosagem subjetiva, ampla, negativa ou perpétua, sob pena de que seja pautada unicamente no estigma dos maus antecedentes (GOMES, 2014, p. 17).

E ainda, na visão de Delmanto (2001), conforme citado por Souza *et. al.* (2015, p. 730), “levar um indivíduo a prisão sob o fundamento de periculosidade, bem como sob a possibilidade deste voltar a delinquir, seria uma dupla presunção de culpabilidade”.

Em tempo, destaca-se a existência de julgados do ano de 2010 do próprio Superior Tribunal de Justiça, que fundamentaram a redação da Súmula n° 444/STJ¹⁷, e acórdão no HC n° 97665/RS da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) que vedam a utilização de inquéritos e ações penais em curso para, respectivamente, agravar a pena-base e para evidenciarem maus antecedentes do réu, em plena consonância com o princípio da presunção de inocência. Veja-se:

E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DOSIMETRIA PENAL - RECONHECIMENTO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE QUE A EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS POLICIAIS EM CURSO, DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO E DE ABSOLVIÇÕES LEGÍTIMA A FORMULAÇÃO, CONTRA O SENTENCIADO, DE JUÍZO NEGATIVO DE MAUS ANTECEDENTES – CONSEQÜENTE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE - INADMISSIBILIDADE – OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ARTIGO 5º, LVII) – CONSEQÜENTE REDUÇÃO DA PENA AO SEU MÍNIMO LEGAL – RESTABELECIMENTO, QUANTO A ESSE FUNDAMENTO, DA CORRETÍSSIMA SENTENÇA PROFERIDA PELA MAGISTRADA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA – PEDIDO DEFERIDO.

- A mera sujeição de alguém a simples investigações policiais (arquivadas ou não) ou a persecuções criminais ainda em curso não basta, só por si - ante a

¹⁶ Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos etc.) lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente um ente perigoso (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 18).

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n° 444. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. (Súmula 444, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)

inexistência, em tais situações, de condenação penal transitada em julgado -, para justificar o reconhecimento de que o réu não possui bons antecedentes. Somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com o trânsito em julgado, descaracteriza-se a presunção “*juris tantum*” de inocência do réu, que passa, então, a ostentar o “*status*” jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes. Precedentes. Doutrina.

- A presunção constitucional de inocência no vigente ordenamento positivo brasileiro. A evolução histórica desse direito fundamental titularizado por qualquer pessoa, independentemente da natureza do crime pelo qual venha a ser condenada. O “*status quaestionis*” no direito internacional: proteção no âmbito regional e no plano global. Presunção de inocência: direito fundamental do indivíduo e limitação ao poder do Estado (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, v.g.). Doutrina. Precedentes (STF). (STF, 2010, on-line)

Por todo o exposto, com esteio nos dogmas do sistema garantista e nos pilares de um Estado Democrático de Direito, a prisão preventiva somente se apresentará juridicamente válida quando desempenhar, tão somente, função instrumental, isto é, possuir por intento a tutela do bom desenvolvimento processual. Não se pode olvidar que, em razão da presunção de inocência, a medida deve ser proporcional, necessária, provisória e provisional, constituindo-se como regra a liberdade do imputado ao longo do processo (CASTRO, 2008, p. 77).

Com efeito, consoante o mencionado autor, verifica-se que a prisão preventiva para garantia da ordem pública não apresenta quaisquer das características acima identificadas, consubstanciando-se em instrumento utilizado pelo poder judiciário para impor prisão sem sentença, com o intuito de preservar a ordem social. Assim, tem consistido, em sua essência, em punição antecipada, funcionando como instrumento de controle repressivo e de ofensa ao estado de inocência de quem a sofre, tudo em prol da garantia de uma ordem não determinada taxativamente (CASTRO, 2008, p. 77-78).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se iniciar o presente trabalho de conclusão de curso, constatou-se a existência de um percentual elevado de presos provisórios em sua relação com o total de pessoas encarceradas no Brasil e uma relevante dúvida acerca de uma utilização inconstitucional do requisito da garantia da ordem pública no instituto processual da prisão preventiva.

Diante disso, o trabalho teve como objetivo geral proceder a um exame constitucional da prisão cautelar preventiva, fundamentando-se na teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli e na crítica de Eugenio Raúl Zaffaroni à figura do inimigo no direito penal, com o intuito de realizar uma análise da utilização de inquéritos e ações penais em curso para fundamentar uma decisão que decreta a cautelar máxima. Constata-se que o objetivo geral foi atendido, porque efetivamente a pesquisa conseguiu examinar as implicações da fundamentação de um decreto que restringe a liberdade de um indivíduo pela existência de inquéritos e ações penais em curso, sob a ótica do garantismo penal e da crítica de Zaffaroni a figura do inimigo.

Ademais, vê-se o atendimento aos objetivos específicos, tendo em vista a realização de análise do princípio constitucional da presunção de inocência, perpassando pelo exame da questão metodológica e de sua aplicação, e do instituto processual da prisão preventiva, ao analisar seus pressupostos e fundamentos.

Outrossim, abordou-se a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, procedendo ao exame do garantismo penal como teoria que visa a tutela de direitos fundamentais, e a crítica de Eugenio Raúl Zaffaroni à figura do inimigo no direito penal.

De igual modo, sob a ótica do garantismo penal, realizou-se um exame da possível infração ao princípio geral da liberdade, especificamente pela violação do princípio da presunção de inocência, bem como da provável criação da figura do inimigo, na prática jurídica de utilização de inquéritos e ações penais em curso para fundamentar um decreto de prisão preventiva.

Ademais, destaca-se que a presente pesquisa, ao realizar o teste da hipótese, a confirmou, constatando a impossibilidade de utilização de inquéritos e ações penais em curso como fundamento do *periculum libertatis* para decretação ou manutenção de uma prisão preventiva para garantia da ordem pública em um sistema jurídico com vigência de um princípio constitucional que prevê a presunção de inocência do acusado.

Assim, tem-se que o problema “a existência de inquéritos e ações penais em curso podem configurar o fundamento da decretação da prisão preventiva para garantia da ordem

pública?” foi plenamente respondido através da constatação de sua impossibilidade em um Estado Democrático de Direito que prevê em seu texto constitucional o direito individual a presunção de presunção de inocência.

Em tempo, ressalta-se que dentre a metodologia utilizada no presente trabalho, tratou-se de pesquisa descritiva, tendo em vista a exposição de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, na fundamentação em referenciais teóricos, tais como a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli e a crítica de Eugenio Raúl Zaffaroni à figura do inimigo no direito penal, e a pesquisa em artigos e demais trabalhos acadêmicos.

Com efeito, diante da metodologia proposta verificou-se uma relevante limitação para levantamento de referências, tendo em vista o ínfimo debate quanto à violação do princípio da presunção de inocência pela decretação ou manutenção de prisões cautelares com base em inquéritos e ações penais em curso para garantia da ordem pública.

Assim, ressalta-se a necessidade de pesquisas que possuam como objeto a análise do conceito da ordem pública no tocante à prisão preventiva, especificamente nas implicações da utilização de inquéritos e ações penais em curso para fundamentar a cautelar máxima em um sistema jurídico que prevê como direito individual a presunção de presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Weber Martins. **Liberdade provisória**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- BERNARDES, Giovanna Portugal. **Medidas cautelares: a prisão preventiva e seus limites temporais**. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/77263/medidas-cautelares-a-prisao-preventiva-e-seus-limites-temporais>>. Acesso em: 23 out. 2019.
- BORGES, Rodrigo Campagnani. **A limitação objetiva do conceito de ordem pública para decretação da prisão preventiva**. Teresina: Revista Jus Navigandi, ano 20, n. 4563, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45469>>. Acesso em: 21 out. 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
- BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RCH: 110280 AL 2019/0085680-1**, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 21/05/2019, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/06/2019. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/719119121/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-110280-al-2019-0085680-1?ref=serp>>. Acesso em: 24 out. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC: 93733 MS 2018/0004022-9**, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 23/04/2019, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/04/2019. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713191087/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-93733-ms-2018-0004022-9?ref=serp>>. Acesso em: 24 out. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 444**. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. (Súmula 444, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27444%27\).sub.>](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27444%27).sub.>)>. Acesso em: 23 out. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 97665 RS – RIO GRANDE DO SUL 0000712-43.2009.0.01.0000**, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 04/05/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJE-86 22-06-2011. STF, 2010. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2661766>>. Acesso em: 23 out. 2019.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CASTRO, Douglas Camarano. **Estado de inocência e a ordem pública: prisão preventiva e violação de direitos humanos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=12282@1>>. Acesso em: 01. nov. 2019.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos**. 7ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Vários Tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

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

GOMES, Samara Sales Campos. **A estigmatização do sujeito infrator sob a ótica dos antecedentes criminais nas decisões judiciais que decretam a prisão preventiva**. Belo Horizonte: Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC MINAS, v. 17, n. 33, 2014. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/7000>>. Acesso em: 21 out. 2019.

GUERCH, Cristiane Ambrós; UMPIERRE, Camila Machado. **O clamor público como fundamento oculto da prisão preventiva: como a mídia e a sociedade veem a prisão cautelar?**. 2008. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4acd76878533a810>>. Acesso em: 23 out. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Crise de identidade da “ordem pública” como fundamento da prisão preventiva**. Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-cri-se-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>>. Acesso em: 23 out. 2019.

MACHADO, Felipe. **Entre Ferrajoli e Schmitt – Do Decisionismo ao Garantismo**. In: VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe (Coord.). **Garantismo penal no Brasil: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NICOLITT, André Luiz. **Lei n ° 12.403/2011 - o novo processo penal cautelar - a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier Campus, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ONU. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. ONU: Assembleia Geral, 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2019.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. ONU: Assembleia Geral, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. Porto Alegre: Revista de Estudos Criminais, n. 10, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros: São Paulo. 37ª ed. 2014.

SOUZA, Luiz Fernando de Oliveira *et. al.* **As implicações da decretação da prisão preventiva sob a ótica da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli**. Revista da Universidade Vale do Rio Verde, Três Corações, v. 13, n. 2, p. 714-734, 2015. Disponível em: <<http://periodicos.unincor.br/index.php/revistaunincor/article/view/2569>>. Acesso em: 23 out. 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, Volume I**. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **O sistema penal e a proposta relegitimante minimalista: o utilitarismo penal reformado de Luigi Ferrajoli**. São Paulo: Empório do Direito, 2015. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-sistema-penal-e-a-proposta-relegitimante-minimalista-o-utilitarismo-penal-reformado-de-luigi-ferrajoli>>. Acesso em: 17 out. 2019.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Prisão preventiva não deve ter fins punitivos**. São Paulo: Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-19/prisao-preventiva-nao-fins-punitivos>>. Acesso em: 23 out. 2019.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Prisões preventivas e medidas cautelares**. São Paulo: Empório do Direito, 2019. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/prisoes-preventivas-e-medidas-cautelares>>. Acesso em: 23 out. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.