



**FACULDADE DE ILHÉUS**



**COLEGIADO DO CURSO DE DIREITO  
COORDENAÇÃO DE TCC  
ARTIGO CIENTÍFICO**

**ANÁLISE DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA COMO CONSEQUÊNCIA DO  
EXCESSO DAS PRISÕES PROVISÓRIAS E DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

**Ilhéus, Bahia  
2022**



**FACULDADE DE ILHÉUS**



**COLEGIADO DO CURSO DE DIREITO  
COORDENAÇÃO DE TCC  
ARTIGO CIENTÍFICO**

**ARIEL DUARTE NASCIMENTO**

**ANÁLISE DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA COMO CONSEQUÊNCIA DO  
EXCESSO DAS PRISÕES PROVISÓRIAS E DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Artigo Científico entregue para  
acompanhamento como parte integrante  
das atividades de TCC II do Curso de  
Direito da Faculdade de Ilhéus.

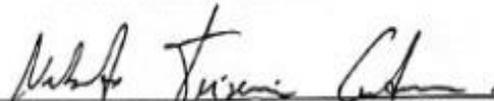
**Ilhéus, Bahia  
2022**

**ANÁLISE DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA COMO CONSEQUÊNCIA DO  
EXCESSO DAS PRISÕES PROVISÓRIAS E DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

**ARIEL DUARTE NASCIMENTO**

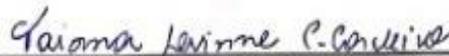
APROVADO EM: 29/06/2022

**BANCA EXAMINADORA**



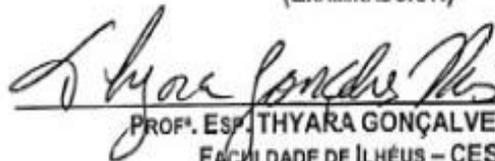
---

**PROF. ESP. NOBERTO TEIXEIRA CORDEIRO**  
FACULDADE DE ILHÉUS – CESUPI  
(ORIENTADOR)



---

**PROF. ESP. TAIANA LEVINNE CARNEIRO CORDEIRO**  
FACULDADE DE ILHÉUS – CESUPI  
(EXAMINADORA I)



---

**PROF. ESP. THYARA GONÇALVES NOVAIS**  
FACULDADE DE ILHÉUS – CESUPI  
(EXAMINADORA II)

## **AGRADECIMENTOS**

Pela glória de Deus e pelo apoio daqueles que em mim confiaram a todo tempo, acreditem nós vencemos. Sou fruto de uma vida renúncias, persistências e resistência, as vezes a ousadia de minhas palavras e ações me deixam de calça curta. Sempre me ensinaram que sonhar não me levaria para lugar nenhum, eu por outro lado, para não parar de sonhar, aprendi a transformar meus sonhos em realidade, de forma que aprendi a deixar críticas de lado, e escutar os conselhos positivos.

Tantas são as pessoas que participaram e me ajudaram em todo este caminho que ficaria difícil falar delas especificamente. Porém gostaria de agradecer primeiramente a Deus. A minha mãe e meu pai, que estavam me apoiando nas horas fáceis e difíceis. Aos meus colegas de turma. Ao meu orientador e professor Noberto. Aos meus amigos que tanto tenho respeito, amor e confiança, e que sempre estiveram juntos e prontos para ajudar, principalmente Thiago, André, Elen, Diamantina, Karine e Lorrana. Aos meus parentes, tias, tios, primos, avô, avó. Agradeço também a quem pôde me dar luz em momentos que tanto precisava. Obrigado a todos que acreditam em mim.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 REALIDADE DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL.....</b>	<b>9</b>
<b>3 A DECRETAÇÃO DE PRISÃO PROVISÓRIA COMO SINALIZAÇÃO DE ANTECIPAÇÃO DE PENA E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....</b>	<b>10</b>
<b>3.1 Prisão em Flagrante .....</b>	<b>11</b>
<b>3.2 Prisão Temporária.....</b>	<b>12</b>
<b>3.3 Prisão Preventiva .....</b>	<b>13</b>
<b>3.4 Prisão provisória como antecipação de pena. ....</b>	<b>14</b>
<b>4 O GARANTISMO PENAL COMO “REMÉDIO” PARA A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA .....</b>	<b>15</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>19</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>21</b>

## **ANÁLISE DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA COMO CONSEQUÊNCIA DO EXCESSO DAS PRISÕES PROVISÓRIAS E DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

### **ANALYSIS OF OVERCROWDING AS A CONSEQUENCE OF THE EXCESS OF PROVISIONAL PRISONS AND VIOLATION OF THE PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE**

Ariel Duarte Nascimento<sup>1</sup>, Norberto Teixeira Cordeiro<sup>2</sup>,

<sup>1</sup>Discente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia. e-mail: arielduarte@gmail.com

<sup>2</sup>Docente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia. e-mail: norbertotcordeiro@hotmail.com

#### **RESUMO**

Na oportunidade da pesquisa, a definição do objeto da investigação procura combinar a análise de processos penais e do Código Penal sob uma ótica de indagações e abordagens que permitissem apurar as condições para o exercício do direito à reparação de danos provocados no contexto da realidade do excesso de prisões provisórias, em consequência a superlotação carcerária no Brasil. Destarte, a prisão provisória aparentemente fere os princípios constitucionais relacionados ao devido processo legal, em corolário com a presunção de inocência, de modo que, pode se constituir em um instrumento coercitivo exagerado. Neste diapasão, o Garantismo Penal, através de direitos e garantias, reflete sobre a ilegalidade das prisões provisórias, uma vez que se contradizem com o princípio da presunção de inocência, convertendo-o em presunção de culpa. Não se deve aplicar a prisão provisória como reprovação do suposto crime, já que, para isto, tem a sentença penal condenatória. A relevância do tema se dispõe devido a sua decretação que encarcera um suposto infrator, sobre o qual não incidem provas conclusas, afetando vários outros órgãos jurídicos e sociais, como exemplo, o “pré-julgamento” no meio social em que convive quanto ao ser indiciado, causando um efeito negativo em seus valores sociais e morais, considerando como um dos motivos da superlotação carcerária que decorre desses encarceramentos provisórios, ofendendo direitos individuais, desta maneira a prisão definitiva perde a sua finalidade principal, qual seja: a prevenção positiva. Frise-se ainda, que o excesso de contingente carcerário pode estar acarretando uma sobrecarga sistêmica ocasionando a ineficácia do próprio instituto.

**Palavras-chave:** Superlotação Carcerária. Garantias. Princípios. Prisões Provisórias. Presunção de Inocência.

#### **ABSTRACT**

At the time of the research, the definition of the object of investigation seeks to combine the analysis of criminal proceedings and the Penal Code from a perspective of inquiries and approaches that allow for the determination of the conditions for the exercise of the right to compensation for damages caused in the context of the reality of excess provisional prisons, as a result of prison overcrowding in Brazil. Thus, provisional arrest apparently violates the constitutional principles related to due process of law, in

corollary with the presumption of innocence, so that it can constitute an exaggerated coercive instrument. In this vein, Criminal Guarantee, through rights and guarantees, reflects on the illegality of provisional prisons, since they contradict the principle of the presumption of innocence, converting it into a presumption of guilt. Provisional arrest should not be applied as a disapproval of the alleged crime, since, for this, there is a condemnatory criminal sentence. The relevance of the subject is available due to its decree that imprisons an alleged offender, on which there is no conclusive evidence, affecting several other legal and social bodies, for example, the "pre-judgment" in the social environment in which he lives with regard to being indicted, causing a negative effect on their social and moral values, considering as one of the reasons for the prison overcrowding that results from these provisional incarcerations, offending individual rights, in this way the definitive prison loses its main purpose, namely: positive prevention. It should also be noted that the excess of the prison contingent may be causing a systemic overload causing the ineffectiveness of the institute itself.

**Palavras-chave:** Prison overcrowding. Warranties. Principles. Provisional Prisons. Presumption of Innocence.

## 1 INTRODUÇÃO

No Brasil há uma preocupação constante das autoridades e do poder público de um modo geral com o crescimento "exponencial" da população carcerária do Brasil, a mencionada preocupação é legítima se considerarmos que é cediço que a exposição ao sistema penitenciário é perniciosa e não atende aos fins modernos imaginados para a pena. Insta consignar ainda, que considerável fração desta população carcerária é proveniente do cumprimento de mandados de prisões provisórias. Nesse viés, o presente artigo tem como escopo basilar verificar se as prisões provisórias estão obedecendo ao Princípio do Estado de Inocência e se de fato estão contribuindo indevidamente para o elevado índice da população carcerária do Brasil.

Com fulcro nos princípios norteadores dos Direitos Humanos, emergiu o Garantismo penal, esta teoria veio a lume pelo renomado jurista italiano Luigi Ferrajoli. Nesta teoria são elencados dez axiomas, que podem ser compreendidos uma espécie de rito que deve ser adotado pelo Estado para que haja um procedimento justo no ato de processar, julgar e punir as pessoas que eventualmente cometerem delitos.

A prisão provisória possui natureza cautelar, que busca garantir um normal avanço no processo e a eficiente aplicação do poder de pena, deve ser usada somente quando preenchidos todos os elementos previstos em lei. E esses tipos de medidas cautelares, em destaque a prisão preventiva, tem seu uso excessivo, e como efeito o

percentual de presos provisórios subiu de 31,2% para 31,9% (dado retirado do site g1.com.br) de encarcerados sob a ineficaz aplicação dessa medida. Uma medida que deveria funcionar só como “*última ratio*” como é previsto no Art. 319 do CPP, ao contrário disso, tem sido decretada de maneira genérica, sem indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do crime.

“*In casu*”, esse instituto é disciplinado pelo Código de Processo Penal, como encontra-se disposto no Art. 312, o qual passou por alteração pela Lei nº 13.964 de 2019, cuja prisão preventiva continua sendo vista como uma garantia da ordem pública. Mas não podemos deixar de lado a existência da violação ao princípio constitucional da presunção de inocência na relação com a prisão preventiva.

Embora tenhamos um acesso facilitado pelos meios de informações tecnológicas da atualidade, uma boa parcela da população, são considerados como leigos pelos juristas, dessa forma resulta que essa parcela sabe muito pouco sobre as garantias e direitos que são relevantes para as mesmas. E pela falta de conhecimento, gera uma indignação e a não concordância quanto à forma que são realizados os procedimentos em uma ação penal.

O hipotético infrator sofre o prejulgamento social, mesmo sem saber se existem provas conclusivas para ser considerado o infrator. De um modo geral, o conhecimento vulgar da sociedade de forma tendenciosa realizam julgamentos de delitos sem também oferecer ao investigado o direito de defesa, que é estabelecido constitucionalmente.

É cediço que o poder de julgamento não lhes é conferido, mas esta é uma das razões para que este estudo seja reflexivo. Há que se falar em justiça, quando um sujeito é preso por um crime no qual é considerado suspeito, sendo este desprezado pela população, pois mesmo que o mesmo seja absolvido ao fim do processo e inocentado da acusação, é sabido como será considerado: o ex presidiário. Nomenclaturas que podem ser impostas e trazem hipóteses de pena sem sentença condenatória, sendo ela cumprida dia a dia em qualquer lugar.

Nesta perspectiva, a indagação principal desta pesquisa é a seguinte: Levando em consideração que o sistema processual penal prevê garantias de direitos que são fundamentais ao investigado, podemos dizer que as prisões provisórias frontam o princípio da presunção de inocência?

Com a intenção de responder à pergunta problema, no primeiro capítulo trará a situação a qual se encontram as penitenciárias no Brasil, trazendo dados que

revelam como o uso inadequado das prisões cautelares reflete na superlotação carcerária.

No segundo capítulo, serão elencadas as modalidades de prisões provisórias previstas no Processo Penal, como a prisão preventiva deveria ser tratada como *ultima ratio*, as modificações trazidas pelo Pacote Anti Crime na decretação de prisões cautelares, e como essa medida cautelar estará tendo seu objetivo invertido, tornando um modo de tornar o investigado culpado.

O terceiro e último capítulo, apresentar-se-á a ideia do processo penal democrático e o Garantismo Penal como forma de remédio para a superlotação carcerária, partindo da efetivação do princípio da presunção de inocência, tendo em vista que é um dos mais importantes princípios norteadores do Processo Penal, ao final sendo abordado os efeitos gerados na vida do suspeito, dentro e fora da do estabelecimento prisional.

Para a execução da pesquisa, a metodologia de pesquisa adotada foi tipo exploratório que utiliza no seu delineamento a coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e na rede de computadores, além de utilizar doutrinas, livros, artigos científicos, leis, julgados e jurisprudências, que são tidos como referenciais lógico científicos para realizar a análise crítica do tema problema que foi assim exposto, mediante construção de análises teóricas e interpretativas. Para construção do artigo acadêmica foram elencados apontamentos que refletem sobre o conflito dito para que seja possível o despertar para a análise de um auto julgamento de ações e pensamentos e a criação de um raciocínio crítico frente ao tema.

## **2 REALIDADE DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL**

Há muito tempo o sistema prisional brasileiro sofre com a situação na qual se encontram, um verdadeiro estado de falência, as cadeias dessa forma acabam perdendo sua finalidade e se torna depósitos humanos, locais de sofrimento, tortura e um afronto a dignidade da pessoa humana.

O maior problema em que se encontra o sistema prisional brasileiro é a superlotação, e com base no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), o Brasil possui uma população prisional de 748.009 (setecentos e quarenta e oito mil e nove pessoas) mil presos, dado do ano de 2019, dentro dos

indivíduos presos, 33% (trinta e três por cento) não haviam sido julgados e condenados.

A superpopulação prisional é composta por uma grande parcela de indivíduos presos provisoriamente, sem condenação, o que demonstra ineficiência da prisão em si e de uma má aplicação da prisão preventiva, o que gera um fato colaborado para o aumento da população prisional.

A prisão preventiva é um instituto que deve sempre ser empregado como uma atitude excepcional, que só deveria ser usado em último caso, como é abarcado pelo princípio da proporcionalidade, depois de exaurir todas as outras medidas cabíveis, devendo só ser decretada efetivamente em casos de última medida. *“In verbis”*:

As penas restritivas de direitos foram criadas com a intenção de proteger a dignidade daquele que pouco ou nenhum perigo oferece à sociedade. Logo, não pode o julgador substituir a pena privativa de liberdade sem nenhum critério, e por isso, o código penal apresenta requisitos legais a serem observados antes de aplicar a “pena alternativa”. (MACHADO, 2003, p. 19).

Os presos provisórios são aqueles suspeitos que ainda não possuem condenação, sem julgamento em primeira instância, contribuindo com a superlotação e a falta de vagas nos presídios, que chegaram a representar 31,2% da massa carcerária no ano de 2020 – o menor patamar dos últimos anos –, e no ano de 2021 correspondem a 31,9%. Trata-se de um elevado índice, sendo mais de 217 mil indivíduos encarcerados sem terem antes direito a um julgamento.

Desta forma, conforme os dados expostos, percebe-se que com o excesso da medida a sua aplicação se torna inadequada, e gera vários efeitos na qualidade do sistema carcerário. A sua utilização de forma banalizada, não sendo em casos excepcionais e sem obedecer a todos os requisitos legais necessários, evidenciam a superlotação carcerária brasileira.

### **3 A DECRETAÇÃO DE PRISÃO PROVISÓRIA COMO SINALIZAÇÃO DE ANTECIPAÇÃO DE PENA E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Ao analisar os preceitos do Direito Penal, mais especificamente no que tange aos princípios que o fundamenta, percebe-se que a prisão provisória se contradiz ao que reza o seu próprio ramo, uma vez que, o Direito Penal Brasileiro considera o Princípio de Presunção de Inocência como norte para a aplicação das leis, todavia a

prisão provisória não considera como pressuposto do trânsito em julgado de uma condenação para ser exercida, e justamente por isso, detém caráter excepcional.

Nesse sentido, se faz necessário observar o que dispõe o inciso LXI, do artigo 5º da constituição federal, *“In verbis”*:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (www.planalto.gov.br)

À vista desse artigo supramencionado constata-se a existência da prisão em flagrante delito e a prisão por força de ordem fundamentada de autoridade judiciária, as quais serão abordadas nos tópicos que seguem.

### 3.1 Prisão em Flagrante

A prisão em flagrante é utilizada nos casos factuais em que o indivíduo é pego no ato da prática delituosa, mesmo que neste momento não ocorra a consumação do crime. Aury Lopes Jr. considera o seguinte, *“In verbis”*:

A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelal, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.

À vista disso, é necessário portanto, entender o que se entende por “flagrante delito”, visto que, esse conceito pressupõe condição essencial para a existência ou não de uma prisão. Atento a isso, o Código de Processo Penal, prevê no artigo 302, as circunstâncias que se configuram flagrante delito, *“In verbis”*:

I - quem está cometendo a infração penal;  
II - quem acaba de cometê-la;  
III - quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; e por fim,  
IV - quem é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (BRASIL).

Entretanto, cumpre salientar, que é de suma importância a existência de presunção de autoria e materialidade, sendo essa, condição necessária para a execução da prisão.

Vale lembrar que o indivíduo capturado deverá ser conduzido até a autoridade policial, os condutores na maioria das vezes são policiais militares, mas é importante esclarecer que qualquer cidadão comum pode realizar tal ato.

Segundo a resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, correlatando o que descrevia no Pacto de São José da Costa Rica em seu artigo 7º, determina que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, deverá obrigatoriamente ser apresentada à autoridade judicial competente em até 24 horas da comunicação do flagrante, para que seja ouvida sobre as circunstâncias em que foi realizada a prisão ou apreensão.

Ocorre que esse ato normativo somente foi incorporado na legislação nacional com o advento do Pacote Anti Crime, Lei nº 13.964/2019, onde há previsão expressa no artigo 310 do Código de Processo Penal. Ademais, a não realização de tal ato, formalizado por meio da “audiência de custódia”, ensejará na ilegalidade da referida prisão.

### **3.2 Prisão Temporária**

Regulamentada pela Lei 7.960/89, a prisão temporária é um recurso que pode ser utilizado pelo Ministério Público ou pela polícia, com o intuito de conseguir indícios suficientes com o fim de fazer com que seja realizado o pedido da prisão preventiva.

Sendo assim, esse tipo de prisão possibilita sua decretação em determinadas hipóteses enumeradas em seu artigo 1º, sendo estas: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes elencados neste inciso, que são considerados graves. (BRASIL).

Renato Brasileiro de Lima conceitua prisão temporária:

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente durante a fase preliminar de investigações, com prazo preestabelecido de duração, quando a privação da liberdade de locomoção do indivíduo for indispensável para a obtenção de elementos de informação quanto à autoria e materialidade das infrações penais [...] (LIMA, 2020, p. 1105)

Esse instituto contém tempo determinado, visto que não se pode deixar o investigado preso durante todo o período da investigação. Enfatiza-se critérios subjetivos para decretação desta tal como, no segundo inciso supramencionado “quando o indiciado não tiver residência fixa”, considerando a hipótese de haver o problema de encontrar o investigado, além de supor sua culpabilidade, também que o mesmo empregará fuga.

Constata-se que a respeito da aplicação deste tipo de prisão, Renato Brasileiro vai mais à frente, expressando que esta visa garantir a eficiência das investigações, para em seguida fornecer elementos que justifiquem o oferecimento da denúncia (LIMA, 2020). Portanto, é notório que ainda há ausência de indícios de autoria ou materialidade, necessitando prender o suposto autor para serem colhidas.

Deste modo, quando o magistrado aplica tal tipo de prisão com base no fundamento descrito, é agregado juízo de valor ao réu, uma vez que estaria ocorrendo um pré-julgamento de sua índole, atrelado à uma presunção de culpabilidade dentro de uma presunção de crime, estaria então o juiz, prendendo para investigar.

### 3.3 Prisão Preventiva

A Prisão Preventiva é um tipo de prisão cautelar decretada pelo Juiz mediante representação da autoridade policial ou requerimento do ministério público, do querelante ou assistente, jamais de ofício, em qualquer fase de persecução penal e sempre que estiverem preenchidos os requisitos previstos em lei.

Conforme preceitua Alexandre Cebrian e Victor Gonçalves, “*In verbis*”:

A prisão preventiva é, evidentemente, medida excepcional – embora tenha se tornado comum em razão da escalada da criminalidade violenta em nosso país. Em face dessa excepcionalidade, o instituto rege-se ainda pelos princípios da taxatividade, adequação e proporcionalidade, não se sujeitando a regime de aplicação automática. (REIS; GONÇALVES, 2019, p.425)

Uma de suas características é a excepcionalidade, ou seja, só deve ser decretada quando as demais cautelares se mostrarem ineficazes a atender às hipóteses do art. 282, I e II, do CPP. Assim, nota-se que as autoridades judiciárias deveriam ter um certo receio, já que nessa medida uma pessoa está sendo restringida de sua liberdade sem que ela tenha sido condenada antes.

A prisão preventiva está descrita no Capítulo III, nos artigos 311 a 316 do CPP. E para decretar esse tipo de prisão cautelar é necessário ser analisado os seus requisitos para sua decretação, a qual deverá ser fundamentada pelo Magistrado. Para que com isso, seja garantida a ordem pública, a ordem econômica, sendo essa por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Ressalta-se que, mesmo com o advento do Pacote Anti Crime, a prisão preventiva continua sem prazo, mas de acordo com o Art. 316, p.u, do CPP, a decisão que decretou a prisão preventiva precisa ser revisada por ela ser uma medida excepcional, dessa forma ela precisa se mostrar necessária.

É notório que há uma controvérsia: manter um preso preventivo imaginando que ele virá cometer outro delito, é uma espécie de dupla presunção de culpabilidade pelo magistrado. Além de presumir que o investigado cometeu o crime ocorrido, ele também pressupõe que solto ele cometerá outro (DELMANTO JUNIOR apud SASAKI, 2009).

É importante notar que a prisão deve ser aplicada para punir o crime, e não para evitá-lo, de acordo com o primeiro axioma de Ferrajoli, “*nulla poena sine crimine*” (Não há pena sem crime). Desse modo, não se deve utilizar esse tipo de medida cautelar para reprovação do delito. Para esse fim temos a prisão definitiva em face de sentença condenatória, sendo as prisões provisórias utilizadas excepcionalmente.

### **3.4 Prisão provisória como antecipação de pena e a violação do princípio da presunção de inocência**

Há uma reflexão que deve ser feita e ponderada: o preso provisório é culpado ou inocente? O termo “depende” não serve como resposta. O que deve ser assegurado é a liberdade durante o processo como regra, sem exceções, por mais que um determinado indício seja conclusivo, ainda poderá haver questionamentos. Até o término do processo não se tem a resposta para tal indagação, o investigado pode ser um ou outro, sendo incompreensível mantê-lo preso existindo dúvida. Apenas com uma sentença penal condenatória transitada em julgado que é possível concluir que a pessoa é culpada.

Neste ponto de vista, pode-se concluir que qualquer prisão provisória, quando decretada sem o claro cumprimento de seus requisitos e de forma a sinalizar absoluta

antecipação da condenação criminal, é tida como ilegal e viola o princípio da presunção de inocência, bem como os postulados do processo penal democrático e a própria Constituição da República Federativa do Brasil.

A prisão é medida de absoluta exceção e, conforme bem assevera o Professor Francisco Vilas Bôas (2020), as prisões provisórias não devem ser utilizadas como reprovação para o crime. A reprovação para o crime deve acontecer ao final do processo, quando for comprovada a culpa. O juiz vai condenar e, após o trânsito em julgado da condenação, ter-se-á a pena como reprovação. As prisões cautelares antecedem essa fase, podendo ser decretadas na fase judicial e na fase de inquérito. Exatamente por esse motivo, devem ser utilizadas como instrumento de exceção.

Os fundamentos das prisões provisórias estão previstos em lei, seja no Código de Processo Penal, que dispõe sobre os requisitos de legalidade da prisão em flagrante, bem como leciona no artigo 312 os requisitos da prisão preventiva; e a lei nº 7.960/89 que traz os requisitos da prisão temporária. Desobedecer aos requisitos objetivos da lei e prender o indivíduo com base exclusiva em fundamentos metajurídicos e carregados de subjetivismo, conjecturas e ilações, viola todo o sistema penal e as garantias constitucionais e processuais penais do indivíduo investigado.

Infelizmente dia após dia, a população carcerária cresce dentro das penitenciárias brasileiras, sejam federais ou estaduais. Tal fato não é desconhecido perante a sociedade; os presídios são ocupados por vários detentos, sendo a maioria deles presos provisoriamente, o que contribui para a superlotação das penitenciárias.

#### **4 O GARANTISMO PENAL COMO “REMÉDIO” PARA A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA**

O conceito da teoria do Garantismo Penal foi construído pelo professor italiano Luigi Ferrajoli, quando se utilizou de alguns aspectos iluministas para explorar e aprimorar a proteção das garantias inerentes ao cidadão, incluindo principalmente a liberdade individual. Salienta-se que a teoria de Ferrajoli está contida no seu livro *Direito e Razão*, onde ele apresentou sua visão garantista.

Destarte, Ferrajoli não exaure o significado da Teoria Garantista em apenas um conceito, uma vez que, entende que para uma adequada aplicação do Direito Penal, alguns axiomas devem ser respeitados. Esses axiomas garantistas revelam proposições prescritivas, ou seja, prescrevem o que deve

ocorrer, bem como as condições que devem ser atendidas pelo sistema penal em consonância com os princípios que o regem. (FERRAJOLI, 2002)

O garantismo pode ser interpretado à luz da segurança que o Estado deve proporcionar ao cidadão, compreendendo o mandamento que emana do ordenamento jurídico representado não exclusiva, mas principalmente na figura da Constituição Federal, que atua como limitador do poder punitivo do Estado e ainda visa garantir a liberdade dos indivíduos.

Insta completar que se trata não do que é o sistema penal e sua atuação, mas construindo a maneira como deve ser essa intervenção estatal na situação de ocorrência de um ato delituoso praticado por um indivíduo, sendo consideradas as regras fundamentais de funcionamento do sistema.

Luigi Ferrajoli, parte da ideia de que todos os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, contidos e assegurados fielmente pela Constituição Federal de 1988, precisam ser impreterivelmente cumpridos por todos, independente do papel que assumem dentro desse sistema penal, desde o legislador que é responsável pela elaboração das normas até o magistrado que aplica na ocorrência do caso concreto.

Nesse sentido, a observância dos direitos fundamentais, conforme exhaustivamente reforçado que decorrem da Carta Magna do Brasil, estabelecem um caráter inegociável, ou seja, não podem de forma alguma ser ignorados, devendo ser, em qualquer aspecto respeitando, sendo inclusive o objeto e os limites da aplicação do direito penal.

Isto posto, conclui-se que deve ser resguardadas de forma plena os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos que são a base do Estado Democrático de Direito no momento em que o magistrado realiza a aplicação da legislação penal.

O excesso de prazo é uma verdadeira injustiça prisão provisória no Brasil. Orientações de doutrinas e jurisprudenciais após a reforma de 2008 nos processos penais fixaram o prazo em 105 dias, e recentemente com a entrada em vigor do pacote anticrime em 2019, o parágrafo único do Art. 316, dispõem que o Juiz que ordenou a prisão preventiva deve estar realizando a cada 90 dias uma avaliação para verificar se é necessária a manutenção da prisão, com pena de se torna ilegal.

Todavia, não é isso que se observa na prática ainda, onde há casos em que o preso fica durante anos aguardando julgamento, o que acontece de alguns serem solto pelo excesso de prisão, de tal forma que com a pandemia muitos julgamentos

estão sendo remarcados, e isso gera uma dupla penalização para o acusado, de tal forma que isso acaba ferindo o princípio da presunção de inocência.

Desta forma é mister que o magistrado analise outras medidas alternativas de prisão, como forma fixar um juízo de equidade e proporcionalidade, norteadores da aplicabilidade da lei penal.

A proteção aos bens jurídicos é um dos objetivos principais do Direito Penal Brasileiro, não devendo objetivar exclusivamente a punição do infrator. Entretanto, no momento em que a norma penal é descumprida, poderá vir a ocorrer a aplicação de uma sanção para a conduta tipificada.

Destaca-se que a legislação penal brasileira incluiu o princípio da intervenção mínima no Estado, preconizando que só se deve recorrer ao Direito Penal quando esgotadas as outras áreas do direito que pudessem auxiliar na resolução do conflito. Nesse sentido, Rogério Greco assevera:

O Direito Penal deve, portanto, interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser solicitado somente quando os demais ramos do Direito, comprovadamente, não forem capazes de proteger aqueles bens considerados de maior importância. (GRECO, 2016, p.97).

Evitar que sejam aplicadas as sanções penais é uma preocupação de uma de todo o sistema judiciário, haja vista que esse seria um possível mecanismo para auxiliar na resolução da diminuição da população carcerária, atualmente assolando o Brasil.

Nesse cenário, surgem os princípios com a função principal de estabelecer uma proteção aos cidadãos, assegurando os direitos e garantias expressos no ordenamento jurídico, de forma que não haja prejuízo para o cidadão em relação ao Estado, por se tratar de uma relação desigual.

O processo penal traz a imagem do juiz enquanto representante do Estado deverá ser julgar o indivíduo que violou a norma penal, obedecendo todos os procedimentos legais e garantindo as formalidades que necessitam o sistema acusatório e não inquisitório, momento em que serão produzidas as provas a serem apreciadas pelo juiz.

O renomado autor Ferrajoli afirma que:

O direito penal nasce, precisamente, neste momento, quando a relação bilateral ofendido/ofensor é substituída por uma relação trilateral, que coloca em posição imparcial uma autoridade judiciária. É por isto que cada vez que

um juiz é movido por sentimento de vingança, ou de parte, ou de defesa social, ou o Estado deixa espaço à justiça sumária dos particulares, pode-se dizer que o direito penal regrediu a um estado selvagem, anterior à formação da civilização (FERRAJOLI, 2002).

Ferrajoli ainda destaca que para que sejam asseguradas as garantias processuais é necessário que o magistrado compreenda perfeitamente quando ele deve julgar, bem como a forma como deve realizar esse julgamento. Em seus dez axiomas, Ferrajoli ensina qual seria o caminho adequado a ser traçado pelo juiz no momento da aplicação da lei penal e conseqüentemente da sanção penal. Completa Rogério Greco:

Contudo, em um Estado Constitucional de Direito, para usarmos a expressão de Luigi Ferrajoli, embora o Estado tenha o dever/poder de aplicar a sanção àquele que, violando o ordenamento jurídico-penal, praticou determinada infração, a pena a ser aplicada deverá observar os princípios expressos, ou mesmo implícitos, previstos em nossa Constituição Federal (GRECO, 2016).

Sendo assim, resta claro a importância de assegurar os princípios constitucionais, sejam explícitos ou implícitos, no momento da aplicação da sanção penal. A origem da palavra julgar vem do latim “judicare”, que é composta pela palavra “jus” que significa lei, direito e a palavra “dicere”, que significa dizer ou falar. Desta forma, a expressão julgar nada mais significa que dizer o direito. O significado da expressão é justamente a função exercida pelo magistrado, abarcada pela imparcialidade que deve utilizar em um sistema acusatório para que seja eficaz.

Algumas são as diferenças entre os sistemas inquisitivo e acusatório e Renato Brasileiro de Lima afirma que:

Como se percebe, o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova. O modelo acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova (LIMA, 2020, p.44).

Não obstante, se discute acerca do sistema acusatório puro ser utilizado no Brasil, haja vista que para que seja vivenciada uma democracia de verdade, este deve atuar como sistema indispensável em razão de suas características. Para Vilas Boas Neto (2020), em nosso

ordenamento jurídico está expresso que o magistrado tem a possibilidade de realizar a produção de provas, bem como esclarecer conflitos e também proferir sentença condenatória, não importando que haja pedido de absolvição por parte do Ministério Público que no Processo Penal atua como órgão acusador.

Nesse sentido, surgem algumas dúvidas acerca da validade do sistema adotado, podendo considerar que na verdade, trata-se de um sistema acusatório impuro ou também chamado de pseudo acusatório.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Parafraseando os fundamentos basilares da Constituição Federal de 1988, ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória. O Código de Processo Penal e a própria Carta Magna determinam de outro tanto que é possível que seja decretada a prisão desde que devidamente fundamentada por autoridade judiciária competente, independentemente da fase da investigação policial ou do processo penal.

O presente artigo teve como escopo o aprofundamento acerca da contradição existente entre ambos os dispositivos legais supramencionados, levando em consideração a superlotação do sistema carcerário e o excesso das prisões provisórias, como um desrespeito ao princípio da presunção de inocência, constitucionalmente assegurado.

Restou evidente que a prisão que é decretada em razão de uma suposta prática de crime é contrária ao princípio da presunção de inocência, bem como o transforma em uma verdadeira presunção de culpabilidade, haja vista que no curso da investigação ou ação penal, não é possível concluir pela autoria e materialidade sem que haja o efetivo contraditório.

Assim sendo, os requisitos que são previstos na prisão preventiva, evidenciam essa presunção de culpabilidade na conduta do magistrado. Sabe-se que inicialmente deverá haver a presença de indícios de autoria e materialidade, mas estes têm por base uma probabilidade do acontecimento do fato. Existindo ainda outros requisitos a serem considerados: para a garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Nesse viés, é possível identificar que a presunção de culpabilidade passou a ser exercida duplamente, haja vista que não apenas se presume que o investigado cometeu a conduta delituosa, mas também se trabalha com a possibilidade de que esse indivíduo venha a cometer outros crimes ou atrapalhe a instrução probatória.

Há então uma inversão de valores que ocorre nesse contexto e é diretamente imposta ao investigado quando este perde a sua presunção de inocência que lhe é assegurada constitucionalmente até que exista prova em contrário.

Não obstante, o indiciado inocente estar preso e se manter até a sentença definitiva, em uma hipótese de futura absolvição, carregará o estigma de ex-presidiário perante a sociedade, além de ser mantido em uma cela com uma capacidade máxima violada, considerada em muitos aspectos desumana. É muito claro que esse indivíduo carregará consigo o peso do preconceito por já ter passado pelo sistema carcerário independentemente de na sentença o juiz entender pela sua inocência. O fato é que esse indivíduo perante a sociedade será resumido em julgado em razão dessa clara violação às garantias constitucionais e para sempre será visto como alguém que foi encarcerado.

Trazendo a baila o princípio da dignidade da pessoa humana e as condições justas que são exigidas no devido processo legal, não é aceitável que qualquer indivíduo seja submetido ao sistema carcerário com base apenas em suposições, uma vez que os fundamentos existentes não são válidos por não terem sido submetidos ao contraditório e nem esgotada sua ampla defesa.

Destarte, a decretação de uma prisão provisória conforme as condições já mencionada é considerada desumana e ilegal, pois um ser humano está sendo recolhido ao cárcere, sendo privado de liberdade e exposto a perigos e consequências inimagináveis em razão de uma suposição que futuramente, após confirmada a sua inocência, será ensejadora do peso do olhar preconceituoso de grande parcela da sociedade.

Neste adendo, com o estudo realizado e seguindo os supedâneos, é possível concluir que apesar da existência de dispositivos legais que asseguram a presunção de inocência do investigado, quais sejam os incisos LVII e LXI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o artigo 311 e seguintes do Código de Processo Penal Brasileiro, bem como a Lei da Prisão Temporária, o Poder Judiciário, infelizmente, não garante a efetividade desses dispositivos. Haja vista que a realidade vivenciada no Brasil que diariamente decreta prisões provisórias sem obedecer aos princípios

constitucionais, vem gerando um aumento da população prisional e um claro desrespeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

## REFERÊNCIAS

BECK, Francis Rafael. Apontamentos sobre a prisão provisória no Direito Processual Penal Brasileiro. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/SRC%2004\\_79.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2004_79.pdf). Acesso em 25 maio. 2022.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em 20 abril. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Novos Dados do sistema prisional reforçam políticas judiciárias do CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/novos-dados-do-sistema-prisional-reforcam-politicas-judiciarias-do-cnj/>. Acesso em: 01 maio. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de Dezembro de 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm). Acesso em 23 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 188.888 Minas Gerais. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC188888ac\\_ordao.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC188888ac_ordao.pdf). Acesso em 25 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6735. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6126216>. Acesso em: 01 março. 2022.

COLEN, Guilherme Coelho (coord.); ARAÚJO, Ana Luíza Miranda; BICALHO, Felipe José Dias; VILAS BÔAS NETO, Francisco José; LEITE, Giselle Batista (orgs.). Ensaio de intervenção Penal e Garantismo: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Guilherme José Ferreira da Silva. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2019.

CRUZ, Rogerio Schietti. Rumo a um Processo Penal Democrático. v. 21, n. 3, t. 1, p. 36-54, set.-dez., 2019. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/veristaemerj\\_online/edicoes/revista\\_v21\\_n3/tomo1/revista\\_v21\\_n3\\_tomo1\\_36.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/veristaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_36.pdf). Acesso em 30 março. 2022.

FARACHE, Rafaela da Fonseca Lima Rocha. Princípio da presunção de inocência: alguns aspectos históricos. jan, 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42903/principio-da-presuncao-de-inocencia-alguns-aspectos-historicos#:~:text=%C3%A9%20a%20regra,-,O%20Pr>

inc%C3%ADpio%20da%20Presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20Inoc%C3%Aancia%20surge%20no%20Estado%20absolutista,em%20pris%C3%B5es%20arbitr%C3%A1rias%2C%20sem%20a. Acesso em 15 abr. 2022.

FERNANDES, Arthur Marchette. Cinco alterações significativas a partir do pacote “anticrime”. Revista Consultor Jurídico. abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-18/opiniao-alteracoes-significativas-partir-pacote-anticrime>. Acesso em 02 de jun. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 3.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANÇA. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 30 de abril. 2022.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica). Revista do Advogado, n. 42, Abril de 1994, Associação dos Advogados de São Paulo – AASP.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 18.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

LENZA, Pedro (coord.); GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Direito Processual Penal Esquematizado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. Pelo respeito ao princípio da presunção de inocência: 6 x 5. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77763/pelo-respeito-ao-principio-da-presuncao-de-inocencia-6-x-5>. Acesso em: 01 jun. 2022.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: volume1 – parte geral: arts. 1º a 120. 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ROCHA, Diego Mentor de Mattos. Reflexões acerca da (im)possibilidade de aplicação do crime de quadrilha ou bando previsto no art. 288 do Código Penal aos crimes militares cometidos em serviço. 2013, In: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5879/>. Acesso em 15 fev. 2022.

SASAKI, Igor. A inconstitucionalidade da garantia da ordem pública como pressuposto da prisão preventiva. 2009, In: Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-inconstitucionalidade-da-garantia-da-ordem-publica-como-pressuposto-da-prisao-preventiva/#:~:text=n%C3%A3o%20h%C3%A1%20como%20negar%20que,aos%20mesmos%20est%C3%ADmulos%2C%20praticar%C3%A1%20outro>. Acesso em 15 jan. 2022.