



PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM PROCESSO E DIREITO AO
DESENVOLVIMENTO

LAÍS SALES BIERMANN

O DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO E O USO EXCESSIVO DA PRISÃO
PREVENTIVA NO BRASIL

FORTALEZA
2021

LAÍS SALES BIERMANN

O DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO E O USO EXCESSIVO DA PRISÃO
PREVENTIVA NO BRASIL

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Processo e Direito ao Desenvolvimento do Centro Universitário Christus, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito, Acesso à Justiça e ao Desenvolvimento. Linha de Pesquisa: Direito e Acesso à Justiça

Orientador: Professor Doutor Juraci Mourão
Lopes Filho

FORTALEZA
2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Centro Universitário Christus - Unichristus
Gerada automaticamente pelo Sistema de Elaboração de Ficha Catalográfica do
Centro Universitário Christus - Unichristus, com dados fornecidos pelo(a) autor(a)

B586d Biermann, Laís Sales.
O Direito Fundamental ao Processo e o uso excessivo da
prisão preventiva no Brasil. / Laís Sales Biermann. - 2021.
121 f. : il. color.

Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário Christus -
Unichristus, Mestrado em Direito, Fortaleza, 2021.

Orientação: Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho.

Área de concentração: Direito, Acesso à Justiça e ao
Desenvolvimento.

1. Prisão Preventiva. 2. Excesso. 3. Direito Fundamental. 4.
Modelo Constitucional de Processo. I. Título.

CDD 340

LAÍS SALES BIERMANN

O DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO E O USO EXCESSIVO DA PRISÃO
PREVENTIVA NO BRASIL

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Processo e Direito ao Desenvolvimento do Centro Universitário Christus, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito, Acesso à Justiça e ao Desenvolvimento. Linha de Pesquisa: Direito e Acesso à Justiça
Orientador: Professor Doutor Juraci Mourão Lopes Filho

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Juraci Mourão
Centro Universitário CHRISTUS (UNICHRISTUS)

Prof. Dr. Carlos Marden
Centro Universitário CHRISTUS (UNICHRISTUS)

Prof. Dr. João Porto
Universidade de Rio Verde (UNIRV)

A Deus, à minha família e ao meu marido.

AGRADECIMENTOS

Gratidão e alívio são os principais sentimentos que consigo decifrar nesse momento de conclusão. Na verdade, não considero propriamente um fim, mas uma breve pausa - uma vírgula, e não um ponto final - na organização das minhas frequentes inquietações e que, após o mestrado, ganharam mais força e motivação para se desenvolverem.

Confesso que, analisando a minha trajetória durante o curso, muitos momentos me fizeram abrir um largo sorriso e sentir o meu coração acolhido, desde a obtenção de conhecimentos valiosos adquiridos nas disciplinas cursadas até os vínculos afetivos e profissionais construídos. Logo, nada mais sincero que agradecer as pessoas que mais tiveram ao meu lado no caminhar desse projeto tão grandioso, porém, ao mesmo tempo, árduo.

Como de costume em minha vida, agradeço primeiramente a Deus pelos objetivos alcançados em minha vida e, dessa vez, não será diferente. A Ele que, tanto me escutou e, com o seu silêncio manifestador, por vezes, amparou-me, transformando o ato de pesquisar, conhecido por ser solitário, uma ação colaborativa.

Aos meus pais, João Everardo e Lise Anne Biermann, por todo amor, apoio e orientação emocional a mim concedidos, por não medirem esforços para me verem realizada, bem como por serem os meus maiores incentivadores.

Às minhas irmãs, Lara e Carolina, pelas demonstrações de carinho, paciência e motivação, estando sempre dispostas a simplesmente me escutar em momentos de incertezas e medos.

Ao meu amado marido, Ronaldo Moura, por ter sido exemplo, fortaleza e compreensão durante essa gostosa aventura da pesquisa, trazendo-me leveza e disciplina quando mais precisava.

À minha “patota” inesquecível (Natália, Lívia, Roberta, Nyanne, Tainan e Denise), por ter sido a surpresa mais especial que recebi logo no começo do mestrado,

tornando a caminhada mais fácil e que continuará sendo suporte e amizade para o resto da vida.

Ao meu orientador, Professor Dr. Juraci Mourão Filho, também coordenador do mestrado acadêmico em Direito do Centro Universitário Christus (Unichristus), pela aceitação e acompanhamento do meu projeto, bem como, de forma humilde e tranquila, por ter sido ponte e referência para o meu aprendizado.

À Professora Denise de Almeida, por sua serenidade, paciência e incentivo dedicados a mim durante o período que estive sob a sua supervisão no projeto de Estágio à docência, na disciplina da graduação da Unichristus de Mediação e Arbitragem.

Aos demais professores do Programa, que tive a honra de conhecer e cursar as disciplinas; com vocês amadureci e evolui enquanto aluna e como pessoa.

Aos meus colegas mestrandos, os quais tive o prazer de partilhar dúvidas e vivenciar especiais momentos durante o percurso.

Aos membros da Banca examinadora, professores doutores Juraci Mourão Filho, Carlos Marden Cabral Coutinho e João Porto, por terem aceitado o convite solicitado, fruto de uma inquietação pessoal, bem como pelas valiosas sugestões.

Enfim, a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha construção acadêmica como pesquisadora. Muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho consiste em um estudo acerca da compatibilidade de uma situação atual, qual seja, o uso excessivo das prisões preventivas nos últimos anos, no Brasil, com o modelo de processo adotado pela Constituição Federal de 1988. Constata-se que o encarceramento em massa é uma realidade na qual os detentos provisórios têm representado parcela considerável dos custodiados. Diante desse cenário e, sabendo que as unidades prisionais apresentam precárias condições estruturais, dificultando, com isso, a ressocialização do preso, reconhece-se que, na tramitação de processos criminais, a liberdade, enquanto valor constitucional, é, por vezes, prejudicada. Essa violação deriva-se, por exemplo, da decretação excessiva de prisões preventivas, configurando, na prática, um mecanismo de antecipação da pena. Assim, inicialmente se verifica qual o modelo processual previsto hoje pela Constituição Federal e se o processo penal garantista adequa-se a esse parâmetro. Após esse momento, investiga-se a existência de uma prática desmoderada na decretação das prisões preventivas no Brasil, comparando-se brevemente as informações encontradas com dados de países americanos, especialmente os Estados Unidos, ocasião em que se analisam as causas e as consequências dessa constatação. Por fim, exploram-se as possíveis soluções para que se atinja, de forma mais eficaz, a harmonia entre as decretações das custódias preventivas e o direito fundamental ao processo, ideia defendida pela Teoria Constitucionalista. Para a elaboração deste trabalho foi empregada pesquisa teórico-bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa-quantitativa, sendo detalhadas descrições de situações e comportamentos subjetivos humanos, assim como analisados dados estatísticos. Em relação ao resultado, a pesquisa caracteriza-se por ser pura, servir de aporte teórico em eventual iniciativa de mudança e ter um caráter descritivo, dado o seu intuito de solucionar um impasse.

Palavras-chave: Prisão preventiva; Excesso; Direito fundamental; Modelo Constitucional de Processo.

ABSTRACT

The present work consists of a study on the compatibility of a current situation - the excessive use of preventive prisons in recent years in Brazil - with the process model adopted by our Federal Constitution. It appears that mass incarceration in our country is a reality, in which provisional detainees have represented a considerable portion of those in custody. Given this scenario, and knowing that prisons have precarious structural conditions, making it difficult for the prisoner to resocialize, it is recognized that, in the course of criminal proceedings, freedom, a constitutional value, is sometimes impaired. This violation derives, for example, from the excessive decree of preventive arrests, configuring, in practice, a mechanism for the anticipation of the sentence. Thus, initially, it will be verified what is the procedural model provided, nowadays, by the Federal Constitution of 1988 and if the guaranteeing criminal procedure fits this parameter. After this moment, it will be investigated if there is, in fact, an inordinate practice in the decree of preventive detentions in Brazil, briefly comparing the information found with data from American countries, especially the United States, analyzing the causes and consequences of this finding. Finally, possible solutions will be explored to achieve, more effectively, harmony between the decrees of preventive custody and the fundamental right to process, an idea defended by the Constitutionalist Theory. For the elaboration of this work, theoretical-bibliographic and documentary research was used, with a qualitative-quantitative approach, with detailed descriptions of situations and subjective human behaviors, as well as statistical data analyzed. Regarding the result, the research is characterized as being pure, as it serves as a theoretical support in an eventual change initiative, and also has a descriptive character, given its intention to solve an impasse.

Keywords: Preventive detention; Excess; Fundamental right; Constitutional Process Model.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO	16
2.1 Processo como uma Relação Jurídica	17
2.1.1 Breves relatos sobre a Fase Imanentista e as contribuições de Oskar Büllow e de James Goldschmidt.....	18
2.1.2 Contribuição italiana a partir de Chiovenda e Carnelutti	24
2.1.3 Contribuição brasileira a partir de Cândido Rangel Dinamarco e a sua Teoria instrumentalista	25
2.2 O processo como procedimento em contraditório.....	28
2.3 O processo como espécie de direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988.....	30
2.4 O processo penal sob a perspectiva garantista no Brasil	35
3 COMO O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO PENAL NO BRASIL É VISTO DIANTE DO PROBLEMA DO EXCESSO DE PRISÃO PREVENTIVA?	44
3.1 A prisão preventiva no Brasil	45
3.1.1 Breve histórico.....	46
3.1.2 Requisitos e Cabimento	48
3.1.3 Avanços legislativos	50
3.2 A prisão preventiva no cenário mundial	53
3.3 Principais causas de incompatibilidade da utilização da prisão preventiva no Brasil com o modelo constitucional de processo	62
3.3.1 A Preponderância de políticas repressivas	63
3.3.2 A influência da mídia e o sentimento de impunidade	67
3.3.3 A carência de estrutura para a implementação das medidas cautelares diversas da prisão	71
4 AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA A RESOLUÇÃO DO PROBLEMA CRÔNICO ..	76
4.1 A releitura da duração razoável do processo a partir do tempo kairológico	77
4.2 A implementação eficiente dos programas de justiça restaurativa	87
4.3 Acesso adequado aos serviços de Defensoria Pública	93

5 CONCLUSÃO	99
REFERÊNCIAS.....	103

1 INTRODUÇÃO

Na conjuntura atual brasileira, é notório o elevado número de indivíduos cuja liberdade encontra-se restringida pelo poder estatal. Tal constatação é percebida, nos últimos anos, a partir das superlotações nas unidades carcerárias e, por via de consequência, com a precariedade das condições gerais presenciadas pelos custodiados, o que vem dificultando o exercício de ressocialização dessas pessoas. Sabe-se que, sendo impossibilitada essa missão, o risco de futuramente ocorrer a reincidência de fatos delituosos mostra-se elevado, permitindo que a dignidade dos acusados se encontre, mais uma vez, ameaçada, abalando o sistema de direitos fundamentais.

Essa crise no sistema penitenciário, por sua vez, apresenta vários reflexos sociais, como é o caso de possíveis rebeliões de presos, da ineficiência da gestão prisional e da organização de facções criminosas, sendo derivada, em certa medida, da decretação exagerada de prisões preventivas, o que gera uma verdadeira cultura de encarceramento. Tal cenário é percebido quando se demonstra que a população carcerária brasileira, em 2019, era a terceira maior do mundo, alcançando, no ano seguinte, a porcentagem de 30,14% (trinta vírgula quatorze por cento) de presos provisórios em relação à população prisional.

O Brasil, conforme a Constituição Federal de 1988, configura-se como um Estado Democrático de Direito, modelo no qual as normas, sejam regras, sejam princípios, oriundas da participação indireta do povo, regulamentam os fatos e atos jurídicos formulados em uma sociedade, desde o nascimento até o falecimento de um indivíduo. Os direitos fundamentais, nesse momento, apresentam-se como elemento definidor da denominada Constituição cidadã, servindo como limitador do braço interveniente do Estado e orientando a tramitação de processos judiciais. Para que essa instrução aconteça e, considerando o modelo constitucional de processo, deve-se compreender que um processo não se presta apenas à resolução de um conflito, mas, principalmente, à proteção de um sujeito demandante mediante as garantias processuais.

O processo penal, nesse caso, ao tutelar e ter como objeto os bens jurídicos entendidos como mais relevantes — como vida, liberdade, igualdade, honra, imagem,

integridade — torna-se ainda mais notório, pois além de respeitar a Constituição Federal, centro do ordenamento jurídico brasileiro, e não se preocupar somente em aplicar a lei infraconstitucional, cumpre a missão de assegurar o acusado. Entretanto, dentro do Processo Penal brasileiro são encontrados vários gargalos que tornam a implementação do modelo garantista de processo mais dificultosa.

Pode-se afirmar que um desses problemas tem sido o modo como vem sendo empregada a prisão preventiva no país. Assim como em alguns países do continente americano, a aplicação excessiva da custódia preventiva tem se mostrado um desafio a ser enfrentado nas demandas penais do Brasil, sendo reconhecida aqui como um problema crônico.

Segundo Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, esse entrave, embora tenha apresentado melhoras no decorrer dos anos, não correspondeu ao resultado esperado durante o intervalo de dois anos, considerando-se o intervalo entre o primeiro e o segundo relatório. Destarte, a problemática a ser enfrentada nessa pesquisa questionará, no geral, se o processo penal brasileiro está alinhado ao modelo constitucional de processo quando se depara com essa desproporção relacionada à quantidade de prisão preventiva decretada, que é medida de natureza cautelar, propondo, ao final, políticas públicas como soluções para o impasse.

Inicialmente, analisar-se-á se o Brasil adota, na prática, o parâmetro processual previsto na Constituição Federal, qual seja, o modelo constitucional de processo. Ademais, estudar-se-á o processo penal sob a perspectiva garantista, discutindo, para tanto, se a referida concepção consiste na melhor versão para o desenvolvimento da teoria processualista adotada no país.

Em um segundo momento, esclarecer-se-á se a prisão preventiva tem sido usada moderadamente no Brasil a fim de garantir os direitos fundamentais do acusado. Em outras palavras, investigar-se-á, à luz do modelo constitucional de processo, se a aludida prisão tem sido empregada pelo Sistema de Justiça com outro viés, diferente daquele previsto no Código de Processo Penal, violando, assim, os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo penal.

Por fim, explorar-se-ão as políticas públicas pesquisadas em documentos nacionais e internacionais, bem como em artigos científicos e revistas, como alternativas para a efetivação, na realidade brasileira, de novas e antigas medidas. A abordagem das propostas inseridas nessa etapa pretende garantir o direito fundamental ao processo, isto é, de estar em juízo, refletido, de modo mais contundente, por José Alfredo de Oliveira Baracho, adotando, para tanto, uma concepção liberal do Direito.

A relevância geral do tema pesquisado funda-se na necessidade de harmonizar a efetivação do instituto da prisão preventiva com o modelo constitucional de processo disposto na Constituição Federal, tornando o processo penal um verdadeiro direito fundamental, em que o afasta do ambiente das demandas judiciais de interesses superficiais e desprovidos dos anseios constitucionais. Nesse sentido, os direitos fundamentais do acusado situam-se no centro da discussão e a atitude excessiva dos responsáveis pela decretação da prisão preventiva configura conduta a ser analisada e combatida.

Fixar-se-ão alguns cortes temporais no desenvolvimento da pesquisa, os quais se referem às principais legislações brasileiras editadas quanto à decretação da prisão preventiva — medidas cautelares diversas da prisão, em 2011; audiência de custódia, em 2015; prisão domiciliar, em 2016, e Pacote Anticrime, em 2019 — e às resoluções americanas sobre o tema — relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas, em 2013, e o relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão provisória nas Américas, em 2017, demonstrando a evolução e o estágio atual da situação debatida.

Em relação à metodologia utilizada, salienta-se que esse trabalho se originou de pesquisas em relatórios elaborados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão consultivo da Organização dos Estados Americanos (OEA), bem como em dados constantes em endereços eletrônicos oficiais do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do *World Prison Brief* e em outras fontes de conhecimento.

Os Relatórios da CIDH são documentos produzidos por Relatorias, unidades temáticas cujo objetivo consiste em se dedicar a grupos, comunidades e povos vulneráveis, que se encontram em situação de violação dos seus direitos e de

discriminação envolvendo certas condições particulares. A Relatoria sobre os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade, criada em 2004, abrange alguns documentos, dentre eles, os dois Relatórios já citados, os quais analisam o uso da prisão preventiva na América, os padrões internacionais relevantes de aplicação, as medidas cautelares distintas da prisão provisória, alternativas de redução dessa custódia e, por fim, Recomendações.

No sítio eletrônico oficial do DEPEN, na aba “Levantamento Nacional de Informações”, na opção “informações criminais”, alguns dados substanciais do final do ano de 2019 e do primeiro semestre do ano de 2020 serão examinados e comparados com dados de anos anteriores e com informações de outras nações. A situação dos presos preventivos também será colhida mediante a averiguação do banco de dados *World Prison Brief*, o qual disponibilizará estatísticas evolutivas de diversos anos acerca do tema.

A pesquisa científica, base deste trabalho, quanto ao procedimento técnico, foi subsidiada por metodologia bibliográfica e documental, amparada por acervos doutrinários — livros e artigos científicos — e revistas especializadas, além de documentos internacionais, bem como por legislações pertinentes ao assunto. Além disso, o resultado da dissertação é caracterizado como puro, dado que servirá como aporte teórico para eventual implementação na realidade, adequando a condição atual de utilização da prisão preventiva ao ideal modelo constitucional de processo.

Já em relação ao objetivo desse estudo, figura-se como de análise descritiva, dado o fim de solucionar determinado problema, a ser exposto e desenvolvido de modo prático, embora já organizado os seus principais elementos. No que concerne à abordagem, é qualitativa e quantitativa, posto que serão examinados dados descritivos para fundamentar as respostas encontradas, por meio de textos, estudos, assim como informações estatísticas e comparativos mediante a leitura de relatórios, banco de dados e levantamentos oficiais.

Logo, esta pesquisa é conformada como qualitativa e quantitativa, bibliográfica e documental, pura e descritiva.

Inicialmente, contextualiza-se e se esclarece a noção de direito fundamental ao processo como a oportunidade de estar em juízo, ideia que remete ao modelo constitucional de processo, caminho a ser perseguido em qualquer desenrolar processual para legitimar um viés liberal e tutelar os direitos fundamentais de um indivíduo. Para tal intento, será realizada uma linha histórica evolutiva sobre a natureza do processo, desde a fase imanentista até os dias atuais, além de revelar como seria um processo penal adequado ao modelo de processual encontrado no Brasil. Além do mais, enfrentar-se-á o modo de aplicação da prisão preventiva em cada etapa da história processual mencionada.

No segundo capítulo, *a priori*, verificar-se-á o uso da prisão preventiva no nosso país, mais especificamente, se corresponde a um problema crônico como no caso de vários países das Américas. Posteriormente, abordar-se-ão as principais causas de incompatibilidade entre a utilização da prisão preventiva no Brasil e o modelo constitucional de processo, a partir da análise de alguns referenciais teóricos utilizados para o trabalho, precisamente, o relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão provisória nas Américas, em 2017, e alguns conhecedores do imbróglio, a exemplo da Janaína Camelo Homerin, coordenadora da Rede de Justiça Criminal, e da Flaviane de Magalhães Barros, professora atual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Universidade Federal de Ouro Preto.

Desse modo, enfatizar-se-ão a preponderância de políticas repressivas na realidade brasileira, a influência da mídia e o sentimento de impunidade e, por fim, a carência de estrutura para a implementação das medidas cautelares diversas da prisão, não havendo, entretanto, a pretensão de esgotar o estudo sobre os fatores motivadores.

Em seguida, no último capítulo, encontrar-se-ão algumas propostas de solução ou, pelo menos, formas de atenuar o problema detectado ao longo da pesquisa, na tentativa de harmonizar o caro instituto da prisão preventiva, disponibilizado legalmente e necessário para alguns casos, com o modelo constitucional de processo. As medidas selecionadas e apontadas se traduzem na releitura da duração razoável do processo a partir do tempo kairológico; a implementação eficiente dos programas de justiça restaurativa e o acesso adequado aos serviços da Defensoria Pública.

2 DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO

Embora o assunto já tenha sido debatido por vários autores até hoje, tornando-se comum à sociedade jurídica, definir direito fundamental ainda continua se revelando um desafio a ser perseguido pelos operadores do direito e, conseqüentemente, uma oportunidade de os cidadãos dirimirem questionamentos acerca desse tema tão controvertido.

Todo direito fundamental goza de dois conteúdos essenciais na sua natureza, o caráter ético e o caráter normativo; o primeiro se relaciona com a dignidade da pessoa humana e a limitação de poder, o segundo, refere-se à positivação na Constituição Federal Brasileira (MARMELSTEIN, 2019). Nessa toada, é importante ressaltar a impossibilidade de se afirmar, como vulgarmente se vê, que todo direito é fundamental, devendo antes apreender os valores e a localização nos quais ele está inserido (MARMELSTEIN, 2019).

Os bens jurídicos constitucionais tratam-se dos elementos a serem protegidos pelas normas de direitos fundamentais, não se podendo olvidar, entretanto, que estas, por sua vez, acabam prestando-se como base axiológica para todo o ordenamento jurídico (SARLET, 2006b). Vale aduzir que, mesmo diante da essencialidade desses direitos, é possível a restrição por meio de legislação infraconstitucional, desde que tal previsão esteja disposta constitucionalmente (STEINMETZ, 2000).

O processo passou, ao longo dos séculos, por algumas evoluções teóricas, bem como por adaptações contextuais que permitiram a sua autonomia e, após a Constituição Federal de 1988, incorporou-se à feição de direito fundamental (COUTINHO, 2012). Assim, além de servir para implementar o direito material no mundo exterior, sendo esta sua finalidade processual, ainda se destaca por assegurar, de forma eficaz, as premissas fundamentais previstas no ordenamento pátrio supremo (BARACHO, 2008). O processo, para que atinja este objetivo, deve ser assimilado como um direito de estar em juízo, ou mesmo de permitir a participação dos interessados por intermédio de um procedimento em contraditório. Nesse contexto, os princípios constitucionais norteiam o legislador ordinário na edição dos diversos tipos de

procedimentos, conferindo a eles um modelo mínimo a ser respeitado, o qual encontra-se em consonância com os ideais de um Estado Democrático de Direito (COUTINHO, 2012).

Logo, o que se constata, nesse cenário, é a interdependência entre o processo e a Constituição, situação que se reflete nos poderes do magistrado, caracterizando um olhar liberal da natureza processual, todavia, indispensável para a efetividade dos direitos fundamentais (FREITAS, 2013).

2.1 Processo como uma Relação Jurídica

Tratar algo como uma relação jurídica significa priorizar o vínculo entre três indivíduos: o litigante, o juiz e o demandado, em prol de uma pretensão, devendo todos estarem assegurados pelo Direito (MARINONI, 2006). Essa perspectiva de análise, em que um elemento é baseado em uma tríade subjetiva, acompanha um sentimento de neutralidade em relação à demanda proposta, revelando, assim, a presença de critérios formais no cenário escolhido, desprezando as particularidades, bem como as vontades dos envolvidos da situação (MARINONI, 2006).

Defendida por alguns juristas, a Teoria da Relação Jurídica surge no século XIX com o propósito de distinguir a relação jurídica de direito material, a qual tem caráter privado, da relação jurídica processual, que é de natureza pública e caracterizada pela existência de direitos e obrigações entre as partes e o ente estatal (FRANCO, 2012). *Oskar Von Büllow*, alemão idealizador da noção de processo como relação jurídica, além de instituir a autonomia do vínculo processual, estabeleceu pressupostos legitimadores da validade de um processo e que deveriam ser examinados preliminarmente à verificação de mérito da demanda (FRANCO, 2012).

Mesmo com o aperfeiçoamento teórico desse pensamento, autores como *Chiovenda*, *Carnelutti* e Cândido Rangel Dinamarco permaneceram adeptos às ideias básicas da teoria de Büllow, trazendo para a sociedade jurídica apenas algumas variações e acréscimos específicos (PIAZZA, 2011). Essa reflexão moderna acerca do

processo possibilitou avanços no campo do Direito, sendo a existência da relação processual em si o mais considerável deles.

Dessa forma, pensando o processo como uma relação jurídica, a presunção de inocência e a possibilidade de prisão preventiva dos indivíduos são encaradas como premissas básicas que orientam o desenvolvimento de um processo, assim como a decretação de decisão judicial, seja provisória, seja definitiva.

2.1.1 Breves relatos sobre a Fase Imanentista e as contribuições de Oskar Büllow e de James Goldschmidt

O processo nem sempre foi percebido na História como algo dissociado da ideia de direito material, sendo compreendido, até meados do século XIX, como um mero adendo das normas substanciais, o que ficou conhecido por sincretismo, sendo representado pela Teoria immanentista (FRANCO, [200?]).

O que se percebe é que a doutrina processual, até o presente instante, transitou por cinco principais fases, intituladas por Escolas, sendo elas: Primitiva, Judicialista, Prática, Procedimentalista e Processualista. O primeiro momento, que perdurou até o século XI da Era Cristã, foi marcado por textos bíblicos, históricos, teatrais e jurídicos e teve como obra de caráter essencialmente processual “*Las Instituciones oratórias*”, do espanhol Quintiliano (CASTILLO, 1947).

No século XII e XIII, a fase Judicialista despontou em Bolonha, na Itália, destacando as somas e os compêndios como pontos característicos desse período, o qual foi acolhido mediante fatores de caráter científico, religioso e político. Ocorrendo na Espanha, nos séculos XVI e início do XIX, a tendência dos práticos, por sua vez, acompanhada da aparição expansiva do conhecimento, por meio da mídia, tratava as questões processuais como expressão artística, tendo como objetos a ação declarativa, o processo como um quase contrato e o recurso (CASTILLO, 1947).

O período seguinte, representado pela fase Procedimentalista, tem como berço a França, cumprindo uma demanda política, como a Revolução Francesa, e outra jurídica, como o Código Napoleônico. O processo criminal e o crescimento de doutrinas

acerca da prova destacam-se como as principais repercussões desse estágio, o qual se fez presente também na Itália e na Espanha. Por fim, surge a fase que se apresenta na atualidade, isto é, o Processualismo Científico, em que o processo passa a ser enxergado como ciência, originando-se inicialmente na Alemanha, porém, desenvolvendo-se em seguida na Itália, Espanha e na América Ibérica (CASTILLO, 1947).

O que se conhece hoje por direito fundamental ao processo, no século XIX (meados de 1850) compreendia-se como um acordo entre particulares, ou seja, a partir da noção de contrato, estando ausente o elemento estatal nessa dinâmica (COUTINHO, 2012). Esse pensamento francês, influenciado por Rousseau e Ulpiano, buscou inspiração nas ideias do período Iluminista do século XVIII, em que o homem era o centro das discussões e as suas necessidades e interesses as reais motivações para a atuação estatal (LEAL, 2018).

A tese contratualista de processo teve como inaugurador Pothier e fundamentou a sua essência em raízes presentes na Antiguidade romana (arbitragem privada), assim como na Modernidade, estabelecendo que, ao aceitar a participação em uma dinâmica processual — (ato voluntário), as partes, contraindo obrigações, deveriam obedecer a decisão de um árbitro escolhido por elas (LEAL *et al*, 2005). A *litiscontestatio* retratava essa realidade e permitia a adesão à sentença, a qual era elaborada independentemente do seu resultado, assim como proporcionava a eficácia necessária às determinações arbitrais (LEAL, 2018). Rosemiro Pereira Leal (2018, p.134), ao tratar sobre esse instituto, explica a sua natureza:

Portanto, no entender de Pothier, instaurava-se o processo pela *litiscontestatio* (convenção das partes perante o juiz para acatar a decisão proferida), e o juiz seria o árbitro judicial e facultativo e não órgão jurisdicional monopolizador da jurisdição que independeria de prévia provocação unânime das partes para exarar provimentos.

Pode-se aduzir que essa fase se tornou relevante para o Direito, não apenas por introduzir um sentido à figura do processo, mas também por consolidar o fato de que o ente estatal já se dotava, antes mesmo dessa teoria, de força obrigatória, capaz de dispensar a construção de um consenso (LEAL, 2018).

Em 1850, embora a visão processual vinculada à esfera privada ainda vigorasse no ambiente jurídico, emergia um novo pensamento sobre o processo, derivado do cenário histórico da época no qual o Estado ganhava cada vez mais envergadura. Semelhante à teoria contratualista de Pothier, a teoria processual do quase-contrato, como era denominada a proposta trazida por Savigny e Guényva, enxergava o processo como uma junção de dois elementos: a liberdade contratual e a aceitação da decisão encontrada pelo Estado-juiz (LEAL, 2018).

Nessa teoria, o consentimento aparece como fator determinante, porquanto, mesmo que não houvesse espontaneidade do sujeito ao se envolver em um processo, a partir da sua adesão, automaticamente estaria ocorrendo a sua concordância com o resultado da demanda. Nessa perspectiva, Salah H. Khaled Júnior (2010, p. 23) assevera:

Portanto, de acordo com a concepção de Savigny, o direito à tutela judicial nasce da lesão de um direito ou de uma ameaça a ele, sendo, portanto, o direito em que se transforma o direito lesionado (ou ameaçado), o que claramente demonstra a falta de autonomia da dimensão processual no saber jurídico da época.

Essa acepção de processo sucedeu a necessidade de Guényva de enquadrar referido instituto em alguma categoria inerente ao Direito Civil, fazendo com que, ao dispensar a natureza de delito e de contrato, apreendesse o processo para si o sentido de quase-contrato (DINAMARCO; GRINOVER; CINTRA, 2001).

Diante da percepção do processo como contrato e como quase-contrato, o emprego da prisão preventiva pode ser visto como fruto de uma previsão contratual, de um acordo entre as partes, ou como uma opção disponível no contrato a ser legitimada pelo magistrado.

Conforme o corpo estatal cresce, ocorre, paralelamente, o avanço das teorias processuais. O período sincrético, prévio à ciência processual e que traduzia a noção de reunião entre o plano substancial e o plano processual, sofreu um declínio a partir da introdução de ideias autonomistas, tratadas pela polêmica entre Windscheid e Muther,

em 1857 (BUENO, 2008a)¹. Na Alemanha, a doutrina jurídica romana em vigor cedia espaço a uma nova compreensão sobre o instituto do processo, isto é, uma visão independente, frente ao direito substantivo e com pretensão científica, voltada a uma teoria individual acerca do processo (KHALED JÚNIOR, 2010).

O desenvolvimento da ciência processual, apesar de sinalizar importante contribuição teórica, acentuou a sua magnitude apenas com o surgimento de uma nova relação jurídica que era diferente do vínculo material, qual seja, a relação jurídica processual. Diante da mudança de paradigma mediante as reflexões de Savigny e Bülow, o processo passa a ser pensado como um elemento destacado do direito material.

A separação entre as relações jurídicas material e processual, percebida com a denominada Teoria da Relação Jurídica Processual, teve como base a obra, de 1868, *La Teoria de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*, de Oskar Von Bülow (BULÖW, 1964). Embora não tenha sido o primeiro, esse jurista alemão foi o principal defensor da existência de um vínculo jurídico entre as partes, cuja natureza jurídica seria pública ou privada, e da existência de outro vínculo, construído em Juízo, necessariamente, de caráter público (BUENO, 2008a). Isso porque, para Bülow (1964, p. 1-2):

Desde que los derechos y las obligaciones se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata em el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma em cuenta unicamente em el aspecto de su vinculación y cooperación com la actividad judicial, esa relación pertenece, com toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una *relación jurídica pública*.

O processo, nessa perspectiva, surge por meio de duas dimensões: a extrínseca e a intrínseca. A primeira caracteriza-se por ser a sua marcha, o caminho percorrido durante o seu desenvolvimento, sendo a parte mais palpável de uma relação processual e que teve como inspiração o antigo Direito Romano; já a segunda trata

¹ Foi desse caso que se originaram os traços iniciais da noção de processo como uma instituição própria, desgarrada do direito material e afastada dos preceitos romanos até então defendidos. Em suma, o que houve foi uma discussão entre os dois autores a respeito do conceito de ação, na qual se baseou a mudança da ideia de *actio* romana, apegada ao direito substancial, para a noção de *klage*, ação para o contexto alemão à época e que contribuiu para a ciência processual (KHALED JUNIOR, 2010).

propriamente da relação jurídica, núcleo do fenômeno processual e elo de direito público entre o Estado-juiz e as partes, produzido progressivamente dentro do ambiente judicial (BULÖW, 1694).

Assim como toda relação jurídica, no processo, a presença de pressupostos processuais se revela como exigência fundamental, pois auxilia no esclarecimento de problemas encontrados no seu funcionamento, agindo principalmente na confirmação da razão de ser da ciência processual. Eles consistem em premissas de constituição da relação jurídica processual (requisitos de admissibilidade e condições indispensáveis de tramitação), já que proporcionam a estruturação objetiva de uma decisão judicial. Pode-se afirmar que são vistos como a ligação necessária entre aquilo que se pretende alcançar no ambiente processual e a resposta proferida por um juiz sobre uma lide, sendo exemplos a competência, a capacidade e a legitimidade (BÜLOW, 1964).

Estabelecer dois momentos essenciais no desenrolar processual — o preliminar e o de mérito — contribuiu para a importância da análise distinta das duas naturezas de relações jurídicas a fim de se encontrar a resposta para a demanda processual. Outro ponto crucial derivado dessa descoberta foi a delimitação do papel de cada sujeito (partes e juiz) no desenvolvimento processual, a partir da noção de ônus de alegação e de prova. Isso demonstrou a especial participação de cada uma das partes no contexto judicial, bem como a necessidade do exame da totalidade dos argumentos aduzidos. A função dos pressupostos processuais construiu o alicerce do processo, visto como um instrumento para o alcance da pretensão material (BÜLOW, 1964).

Após quase duas décadas da descoberta da existência de natureza jurídica do processo por Büllow, alguns juristas apontaram desdobramentos sobre a relação jurídica processual, nos quais qualificavam o referido vínculo de diversas formas. Havia a concepção linear (apenas entre as partes), defendida pelo alemão Josef Kohler, e a de modo angular (entre as partes e o juiz), como foi o caso de Julius Wilhelm Von Planck, entretanto, somente com Adolf Wach e a sua ideia de relação jurídica triangular (entre as partes e entre estas e o juiz) foi que a teoria de Büllow consolidou-se no Brasil, sendo José Frederico Marques e Eugenio Pacelli alguns dos seus defensores (RAMOS, 2018).

Com efeito, nesse estágio da teoria processual, no qual o processo é visualizado de maneira científica, o uso da prisão preventiva é encarado como uma espécie de obrigação pública do acusado, sendo simultaneamente um direito da sociedade.

Conhecida pela expressão “idade do ouro do processualismo germânico”, a primeira fase do processualismo científico, iniciada na Alemanha bem antes da Primeira Guerra Mundial e interrompida pela eclosão desta (1914-1918), refletiu o moderno estudo doutrinário sobre processo, permitindo à ciência jurídica importante avanço (CASTILLO, 1947). Com o fim desse período, as luzes dos estudos científicos reapareceram e inauguraram a segunda idade de ouro, a qual teve como principal representante James Goldschmidt, idealizador da teoria processual da Situação Jurídica (CASTILLO, 1947).

Ao criticar a noção de processo como uma relação jurídica, esse autor, influenciado por Kohler, defendeu, em 1925, a inexistência de obrigações inerentes ao ambiente processual, havendo, por sua vez, expectativas e oportunidades sobre uma situação jurídica em relação a um determinado resultado (RAMOS, 2018). Goldschmidt desenvolveu o seu pensamento a partir das falhas encontradas na teoria de Bülow e da necessidade de compreender alguns eventos processuais, como é o caso do ônus das partes (CASTILLO, 1947). As normas jurídicas, nessa concepção de processo, gozam de duas dimensões concomitantes, uma estática e outra dinâmica, representando a atuação judicial e extrajudicial dessa espécie de norma (RAMOS, 2018). Logo, por meio desta percepção, pode-se pensar na existência de dois planos no campo do Direito, quais sejam, o factual e o prescricional, estando contido neste último a situação jurídica (RAMOS, 2018).

Destaca-se, sob essa ótica, que o foco é a sentença, isto é, a resposta para a questão conflituosa gerada, enquanto a possibilidade de êxito é o elemento responsável pelo vínculo entre as partes (RAMOS, 2018). Desse modo, apesar de conceder melhorias ao conceito de processo, o desprezo pelo caminho percorrido até chegar ao resultado pretendido torna essa teoria pouco adotada.

A partir dessa conjuntura e, diferentemente da ideia defendida por Bülow, percebe-se que o uso da prisão preventiva é reconhecido como expectativa e

oportunidade de incidência sob o acusado, inserida em uma situação jurídica vinculada à eventual sentença condenatória ou absolutória.

2.1.2 Contribuição italiana a partir de Chiovenda e Carnelutti

Embora o início do pensamento sobre o processo como instituto autônomo tenha ocorrido na Alemanha, a sua consolidação como uma disciplina independente, bem como o surgimento de uma Teoria Geral para tratar do tema, apareceu na Itália, no início do século XX (SANTOS, 2011).

Apesar de alguns doutrinadores desconsiderarem o seu feito, alegando ausência de inovação em relação ao pensamento alemão, Chiovenda, inspirado por Wach e Klein (processualistas germânicos), inaugurou uma nova Escola processual na Itália, a qual contou com Carnelutti, Calamandrei, Liebman e Capelletti como alguns de seus integrantes. O italiano evidenciou o processo como uma ciência autônoma, modernizando, assim, os conceitos atinentes ao tema. O despreço por uma cultura privatista, até então dominante no Direito, e o desvendar de uma nova visão sobre o assunto, embora pareça, hoje, um evento descomplicado, à época, correspondia à concretização de um esforço intelectual considerável (MAGALHÃES, 2010).

O período refletia uma mudança de paradigma em relação ao processo, ou seja, tornou público e socializou o referido instituto, noções estas que, diante de pretensões positivas, transferiram certa iniciativa operacional à pessoa do juiz, proporcionando o engrandecimento desse sujeito. Desse modo, a função do magistrado sofreu uma reavaliação, e o que se conhecia por um agente público dotado de passividade passou a ser visto como um ser atuante e dinâmico. Uma intervenção judicial mais ativa no procedimento em trâmite aponta uma abertura no vínculo entre o particular e o Estado, demonstrando a reforma processual ocorrida na sociedade da época, que foi responsável pela promoção de um ambiente mais acessível e agregador de valores. A exemplo destes, a oralidade e a concentração auxiliaram na formulação de atos processuais mais dialéticos e na feitura de um processo mais completo (SANTOS, 2011). Ao abordar as benesses da oralidade, Giuseppe Chiovenda (1922, p. 127) afirma que:

La experiencia derivada de la historia permite añadir aunque el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y a las exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien garantizando, la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simplemente y prontamente.²

O processo, para esse jurista, mostrava-se racional e formal, isto é, preocupado com a mera aplicação da lei ao caso concreto, priorizando, por isso, a premissa da segurança em vez do valor da verdade real. Tal constatação fez com que a figura processual fosse vista a partir de um método, desenvolvendo etapas a serem seguidas, as quais serão iniciadas de acordo com o perfil dispositivo (MARCEDO; BRAUN, 2014).

Além do aspecto basilar reparado nesse momento na Itália, a relação jurídica processual, como um nexos único e perene, idealizada por Francesco Carnelutti, refletiu-se na obrigação judicial de manifestação da questão posta, assim como no direito das partes de verem a lide resolvida. Isso incrementou a doutrina clássica estática do processo em um ambiente no qual os sujeitos visam a um só objetivo ou a uma resposta para o conflito apresentado (EID, 2019).

2.1.3 Contribuição brasileira a partir de Cândido Rangel Dinamarco e a sua Teoria instrumentalista

A percepção de direitos e deveres entre as partes e o juiz como a base de um processo acompanhou a maioria dos processualistas por tempos, e, na atualidade, é predominante na academia e entre estudiosos (FERNANDES, 2003). Pensar o instituto da ação como núcleo do sistema processual não remete mais, nesse momento, à noção compatível com o caráter público do processo, incorporado a partir da teoria da relação jurídica instaurada por Bülow (DINAMARCO, 2008).

² A experiência derivada da história permite acrescentar que a oralidade é melhor e está mais conforme com a naturalização e as exigências da vida moderna, porque não compromete em nada, antes bem garantida, a bondade intrínseca da justiça, proporcionando-a mais economicamente, mais simples e rapidamente (tradução livre).

O processo deixa de ter como principal função a busca exclusiva da satisfação dos interesses do autor, sujeito que inicia a lide judicial para ter como foco os objetivos do Estado, sejam eles de ordens jurídicas, sejam de ordens políticas e sociais (DINAMARCO, 2008). Essa mudança paradigmática, em que o critério processual se revela teleológico e voltado para os escopos metajurídicos do Estado, alcança, de forma substancial, o ideário do Estado Social, porquanto o processo se torna meio para pacificação social diante da resolução dos problemas apresentados (FERNANDES, 2003).

Nesse sentido, a acepção ética das condutas realizadas no ambiente processual exprime o perfil instrumental do processo, que se desenvolve no momento em que se oportuniza ao cidadão o requerimento das suas pretensões mediante o acesso ao Judiciário (MAIOR, 2000). Entretanto, o verdadeiro sentido de todo processo, para os instrumentalistas, consiste na entrega de uma tutela jurisdicional efetiva, viabilizando a implementação dos direitos materiais nos casos concretos (MAIOR, 2000). Percebe-se, então, a jurisdição — poder estatal responsável pela aplicação das normas em caso de conflitos — preenchendo o espaço antes possuído pelo particular na condução do exercício do seu direito, trazendo força à figura do magistrado e a institutos como regras, princípios e defesa (DINAMARCO, 2008).

Trata-se de propor ao processo uma visão externa, baseada em valores morais e políticos da sociedade, resultando na abertura de seu conceito para fazer valer as demandas sociais, as quais são objetivos estabelecidos por um Estado de maior envergadura (DINAMARCO, 2008). O exercício do poder e os recursos gerados para a sua execução, a exemplo da ação e da defesa, embora representem o centro dessa linha processual, não prescindem de controle para se tornarem válidos, o que trouxe a necessidade de pensar as garantias fundamentais como um modo de limitação (DINAMARCO, 2008). Dessa forma, o sentimento de justiça passa a ser compreendido na esfera processual, uma vez que os defensores dessa tese relacionam esse atributo ao cumprimento dos escopos jurisdicionais, entregando certa objetividade a uma ideia de bases relativas (FERNANDES, 2003).

Para esse intento, o desafio não consiste apenas em redefinir institutos ou alcançar novos fins, mas transpassa a forma de se interpretar e refletir o direito processual, constituindo uma análise sistêmica desse tema (FERNANDES, 2003). Ao pensar o processo como um instrumento, não se pode admitir o implemento dos direitos de forma dissociada da jurisdição, sendo, portanto, indevido considerar o senso político superior ao raciocínio jurídico, o que se justifica quando se entende que “a ilusão da onipotência se torna a véspera do cepticismo integral” (MOREIRA, 1987, p.200).

Na teoria instrumentalista do processo, este não existe por si só, devendo, a partir do seu surgimento, fazer-se útil na mudança da realidade exterior (MAIOR, 2000). Sabe-se que para algo ser definido como meio, deve seguir-se dos fins pretendidos, os quais, nesse caso, representam a concretização da ordem jurídica material, que é objeto do sistema processual pátrio (DINAMARCO, 2008). Diferentemente de uma abordagem liberal, Dinamarco (2008) aponta, como marco teórico de sua tese, a incorporação da política na atividade de julgar, refletindo sobre aspectos plurais para a resolução de lides, retratando, assim, a posição unitária da jurisdição. Nessa perspectiva, a proposta de escopos variados e implementada inicialmente na Itália alcançou visibilidade na América do Sul, transferindo para o processualista moderno a missão de fundir os fins políticos, sociais e jurídicos com o intuito de construir, de forma eficaz, uma atitude resolutiva.

O escopo jurídico do processo, revelado na utilidade técnica da atividade jurisdicional, consiste na possibilidade de se acessar o Judiciário e dispor dos recursos necessários para efetivar os demais direitos existentes, funcionando como um autêntico condutor dos direitos materiais (FERNANDES, 2003). Algo que não se admite afirmar, relativamente a esse objetivo, é que a proteção dos direitos subjetivos seria a sua principal preocupação, porquanto tal percepção resgataria a visão privatista do processo, o que não se pretende, sob pena de incentivar uma sensação de retrocesso social (IWAKURA, 2015).

Os escopos sociais e políticos da jurisdição manejam preceitos éticos, trazendo para a situação processual elementos de ordem subjetiva, bem como a percepção de um mecanismo realizador de interesses de uma sociedade (FERNANDES, 2003). O primeiro objetivo busca basicamente a pacificação das demandas da população,

contribuindo para o progresso das relações interpessoais e o aperfeiçoamento da educação, à medida que gera aos envolvidos transformações relevantes para o seu crescimento intelectual (FERNANDES, 2003). Por sua vez, o segundo trata da inclusão do destino dos cidadãos na finalidade processual, permitindo, com isso, a fiscalização das liberdades desses indivíduos e a consequente participação democrática (FERNANDES, 2003).

Dessa maneira, nota-se que, para a teoria instrumentalista do processo, a jurisdição representa um poder propriamente estatal que, lançando as suas três metas diversas, estaria valorizando os preceitos do Estado Social, os quais priorizam um modelo mais estruturado, no qual o Poder Judiciário teria autoridade. Ademais, cumpre ressaltar que, para esse autor, o uso da prisão preventiva representa um mecanismo legal a ser utilizado pelo Estado para a observância de seus objetivos e para a resolução dos conflitos sociais.

2.2 O processo como procedimento em contraditório

Em 1967, por influências das ideias de Goldschmidt, em uma Itália marcada pelos efeitos da Segunda Guerra Mundial, surgem novas luzes processuais, as quais refletem o início de um sentido menos autoritário e mais democrático de processo (COUTINHO, 2012).

O novo cenário retrata o movimento de um jogo, em que os participantes atuam de forma cooperativa, buscando os seus pontos fortes não para eliminar a outra parte, mas para vencer o processo (STAFFEN; BODNAR, 2012). Em uma perspectiva não liberal, a Teoria Estruturalista insere os problemas sociais na tônica do momento, o que não se notou na Teoria da Relação Jurídica, bem como oferece um espírito mais humanizado à decisão judicial a ser proferida (STAFFEN; BODNAR, 2012).

Essa ideia se inicia na esfera administrativa e, apesar de apresentar certa demora para a concretização judicial, não deixou de consolidar o processo como um procedimento em contraditório. O procedimento, por sua vez, pode ser conceituado como uma série de atos que, ao serem regulados por normas, adquirem a forma de ônus

processuais. Assim, é perceptível a existência de uma relação de antecedência e consequência, condicionando uma posição subjetiva a um ato realizado anteriormente (FAZZALARI, 2006).

A validade do ato final, denominado provimento, vê-se totalmente vinculada às condutas precedentes da sequência procedimental, o que permite com que esta fase preparatória seja vista como base importante para uma resolução legítima de conflitos. Outro ponto a ser considerado é a possibilidade desse procedimento contemplar somente um ou vários sujeitos, sendo este último caso condição essencial para a formação do processo (FAZZALARI, 2006).

Para Elio Fazzalari (2006), processualista italiano e fundador da denominada Teoria Estruturalista, nem todo procedimento é um processo, mas todo processo consiste em um procedimento. Além de ser uma espécie de procedimento, o processo caracteriza-se por ser aperfeiçoado, não sendo apenas um procedimento plurissubjetivo qualquer. Ele se reveste, assim, da participação dos destinatários do ato final, em outras palavras, perfectibiliza-se pelo elemento do contraditório (STAFFEN; BODNAR, 2012). Para ser configurado como processo, as partes precisam participar, de forma corriqueira, do procedimento, sendo insuficiente, portanto, uma atuação eventual, mesmo que muitas vezes se perceba a ausência do contraditório nos procedimentos (FACHIN, 2014).

Desse modo, o processo passa a ser compreendido como uma concatenação de atos cujo objetivo final é, mediante a presença da audiência entres as partes, obter uma resposta estatal (FAZZALARI, 2006). O contraditório, garantido pela condução processual do magistrado, pode ser dividido em duas nuances: a primeira relaciona-se com a necessidade de informação das partes a respeito do trâmite processual para que possam agir, e a segunda, baseia-se na faculdade de atuação desses sujeitos diante da realização de algumas condutas processuais (FACHIN, 2014).

É o despontar da visão democrática que, mais adiante, constituirá o processo. O doutrinador estruturalista descarta o pensamento ilusório de que é imprescindível a presença de um conflito de interesses para se falar em processo, bastando, na verdade, para isto, uma estrutura dialética procedimental. Não obstante essa compreensão, nota-se que apenas um dos contraditores receberá do órgão estatal uma decisão favorável, o

que justifica a aplicação de uma norma condutora de eventual conflito (FAZZALARI, 2006).

Nesse contexto, tem-se, então, em um processo, questões controvertidas ou não, a depender da concordância dos envolvidos. Cada ato processual é orientado por uma norma, a qual confere valoração às condutas dos sujeitos e pode enquadrar atos de dever, como ocorre com o comportamento dos juízes, e atos devidos, como é o caso da atuação das partes. Nessa hipótese, poderes, faculdades e deveres representam as opções legais traçadas para os contraditores, entendidas, pelo estruturalista, como ação; a carência destas normalmente está ligada a efeitos danosos aos participantes (FAZZALARI, 2006). Nesse caso, pode-se afirmar que o emprego da prisão preventiva é considerado como um ato de dever, o qual é pautado por normas infraconstitucionais e constitucionais, refletindo no sentimento democrático desejado por essa tese.

Logo, não se mostra errônea a forma de perceber o instituto da ação separadamente da figura do direito subjetivo, uma vez que não é apenas aquele que tem o seu direito violado que poderá se guarnecer da ação (FAZZALARI, 2006).

A visão de um processo garantista começa a ser construída nessa época, com base na dinâmica dialógica entre os sujeitos processuais e no exercício legitimado da jurisdição, por meio das posturas ativas dos interessados, o que demonstra tendência positiva em um Estado Democrático de Direito (GARCIA, 2016).

2.3 O processo como espécie de direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988

A partir da metade do século XX, após os efeitos deixados pelo período Pós-Guerra (1939-1945), o mundo passou a demandar a efetividade de direitos e a enxergar os institutos jurídicos com lentes constitucionais, fazendo com que a Constituição se tornasse o escopo primordial da sociedade (COUTINHO, 2012). Nesse momento, as garantias previstas no ordenamento constitucional passaram a se revelar como objeto da tutela do processo, afastando a noção de instrumentalidade da natureza processual,

indicada pela única necessidade de resolução dos conflitos e concretizada pelo alcance da pacificação social (BARACHO, 2008).

O que acontecia, na verdade, era o aperfeiçoamento das ideias estruturalistas de processo, dado que, além de um procedimento em contraditório, o processo demandava adequação a outros preceitos constitucionais (COUTINHO, 2012). Em um Estado Democrático de Direito, a decisão final referente aos litígios é emanada de um ato estatal, produzido por um mecanismo legítimo, não se confundindo como simples repetidor da norma jurídica (MARQUES, 2016).

Nesse momento, a supremacia da Constituição assume valor central no sistema jurídico, dando ensejo a um movimento conhecido por neoconstitucionalismo (COUTINHO, 2012). Essa dinâmica resgata, para o quadro jurídico, a importância dos direitos fundamentais na construção de um ser humano e de uma sociedade em geral, trazendo para eles a proteção necessária contra o autoritarismo estatal, situação tão temida pela comunidade após os abusos de direitos ocorrido nas duas grandes Guerras Mundiais (COUTINHO, 2012). A respeito das discussões encontradas no estudo desse fenômeno, Max Möller (2011, p.21) assim contribui:

Protagonismo judicial, perda da hegemonizada lei como fonte de direito, aplicação direta da constituição, presença de enunciados normativos abertos ou sem consequências jurídicas preestabelecidas, influência de conteúdos e discussões morais na aplicação das normas jurídicas, violação da separação de poderes, desrespeito às decisões das majorias por autoridades não democraticamente legitimadas como os juízes, falta de segurança jurídica sobre as amplas possibilidades de interpretação permitida pela aplicação direta das constituições, etc. Enfim, todos os debates acima elencados têm ocupado grande espaço na cena jurídica atual. Decorrem, como pode ser percebido, de uma mudança de cultura jurídica que provocou a consolidação da constitucionalização forte de muitos ordenamentos jurídicos. Essa mudança de paradigma tem como grande responsável um movimento que, já desde o pós-guerra, criticava o modelo jurídico do Estado legislativo liberal.

O neoconstitucionalismo, dimensão moderna do constitucionalismo, assim como ocorreu no movimento denominado legicentrismo (culto à lei), buscou alcançar essencialmente dois fins, quais sejam, a proteção da liberdade individual e o controle do poder estatal, ambos se configurando como tentativas de avanço social e de preservação da segurança jurídica. Todavia, o descrédito gerado na lei, por influências de governos

autoritários atuantes no período crítico do século XX, assim como a conseqüente crise no paradigma legislativo existente à época, permitiram a releitura de ideias constitucionais e o desenvolvimento de meios que impusessem o respeito à vontade da lei. A proposta de um Direito menos superficial e mais fortalecido, embasado em valores constitucionais mínimos, passava a fazer parte do imaginário dos cidadãos e a Constituição, nessa linha, apresentava-se como um documento de força normativa cuja importante finalidade se resumia à vedação ao retrocesso social (MÖLLER, 2011).

Diante disso, percebe-se que o constitucionalismo contemporâneo nasce com um viés predominantemente prático, visando a implementar direitos e previsões legislativas já existentes, mas também político, ao incluir aspectos morais em debates normativos. Nessa perspectiva, a Constituição Federal funciona como uma verdadeira bússola na criação e interpretação dos ordenamentos infraconstitucionais, proporcionando uma espécie de filtro na edição, por exemplo, de disposições civis, penais e administrativas. O controle de constitucionalidade, portanto, ao ser institucionalizado, representou relevante reflexo a ser considerado no sistema jurídico cujo propósito permeia a obediência aos direitos fundamentais (MÖLLER, 2011).

Assim, o processo como um direito fundamental de estar em juízo retrata o sentido da Teoria Constitucionalista que, introduzida no século XX, encontra razão em um arcabouço de princípios processuais constitucionais, vinculados não apenas ao legislador, mas também ao aplicador das normas jurídicas (BARACHO, 2008). Esse padrão de processo trabalha a partir de três principais funções: a de se expandir a todo e qualquer processo estabelecido pelo legislador ordinário; a de adaptação à necessidade de cada caso e, por fim, a de se aperfeiçoar com o objetivo de tornar possível o exercício dos princípios processuais. Com um novo olhar aos institutos jurídicos, pautado na substância e nos valores, o estudo das normas processuais deixa de ser meramente descritivo para dotar-se de caráter normativo, tratando de prescrições a serem incluídas na atividade jurisdicional (ANDOLINA; VIGNERA, 1997).

O ponto de partida dessa empreitada foi a Constituição Federal, o que ocasionou uma modificação na reflexão do uso das leis processuais (BUENO, 2008b). Não se trata da retirada de autonomia dos diversos outros ramos do Direito, mas de um

“verdadeiro método de pensamento” acerca do processo, compondo o que hoje se entende por modelo constitucional de processo (BUENO, 2008b, p. 3). Eleger as premissas constitucionais como um norte do Direito processual equivale a visualizar a necessidade de reconstrução hermenêutica, bem como de reformas procedimentais, aceitando o surgimento de novas demandas sociais, as quais não são solucionadas somente com a aplicação da lei em si mesma (BUENO, 2008b).

Com as regulamentações processuais, não se percebeu situação diferente, pois, ao abordar a proteção constitucional do processo como um mero amparo a direitos, as normas processuais passaram a ser encaradas como reais garantias aos valores basilares de todo ser humano. Nesse contexto, o processo atua não apenas como proteção constitucional ao representar uma tutela aos direitos fundamentais em geral, mas, ao mesmo tempo, como oportunidade conferida ao cidadão demandante de construir uma resposta coerente ao seu litígio, guiada por ditames constitucionais. Não se pode olvidar também a funcionalidade do magistrado que, como solucionador de conflitos de direitos fundamentais e aplicador das normas jurídicas, deve conduzir a sua apreciação com base nos preceitos processuais constitucionais, como é o caso do contraditório e da imparcialidade (BARACHO, 2008).

Os princípios processuais, cuja principal inspiração encontra-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem, editada em 1948, alçaram domínio mundial, trazendo a percepção de um processo mais dinâmico e arquitetado pelos destinatários da decisão final. Para um modelo constitucional de processo, vários requisitos devem ser estipulados, tais como, a correta citação da parte contrária e a disposição de provas entre as partes, com a igualdade predominando nos passos processuais. Nesse período, a expressão “processo constitucional” alcança elevado patamar, pois permitiu a descoberta das finalidades e o aprofundamento dos institutos processuais, o que implicou em vários direitos dos demandantes, como acionar o Poder Judiciário, defender-se da pretensão contrária instaurada e recorrer de uma decisão não favorável (BARACHO, 2008).

Além desses direitos, alguns princípios, precisamente aqueles que orientam o exercício da jurisdição, devem ser observados no ambiente processual, caso contrário, podem desconfigurar um processo constitucional democrático (ANDRADE, 2015a). As

premissas são divididas em três vieses: o primeiro equivale ao juiz natural, o qual relaciona-se com a competência do órgão julgador para a apreciação da demanda judicial, estando preestabelecidos os critérios dessa escolha. Essa disposição ainda permite a objetividade mínima exigida na tutela dos direitos fundamentais. O segundo encontra-se demonstrado no direito de defesa das partes, possibilitando que estas alcancem, mediante o valor da igualdade, o provimento final da demanda. Por fim, a última categoria de garantia processual prevista no Ordenamento Constitucional diz respeito aos parâmetros basilares de todo o procedimento, o qual deve seguir diretrizes formais para a construção de um resultado final equânime (BARACHO, 2008).

Pode-se afirmar, portanto, que o modelo constitucional de processo se alinha, em síntese, aos seguintes princípios: o contraditório, a ampla defesa, a motivação das decisões e a intervenção de um sujeito imparcial (BARROS, 2009). A realidade dessa concepção de processo teve como marco filosófico as ideias habermasianas sobre o discurso racional, instituto determinante para a inclusão do sentido democrático nas respostas jurisdicionais (BARROS, 2009). Para Habermas (2003), a comunicação atua como elemento-chave na edificação de um ambiente público dotado de argumentos racionais. Estes, por sua vez, integram um embate de interesses contrastantes, conferindo, juntos, o necessário valor à negociação procedimental idealizada pelos demandantes, capaz de ajustar conflitos sociais por meio da aceitação da existência de um sistema de referência para cada comunidade (HABERMAS, 2003).

A imparcialidade e a racionalidade traduzem os efeitos adquiridos com a operacionalização do agir comunicativo no cenário processual (HABERMAS, 2003). A reflexão de que “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva” se respalda no princípio democrático, o qual propicia a participação dos destinatários na elaboração do provimento definitivo, admitindo a igualdade entre as partes envolvidas (HABERMAS, 2003, p. 145). Sobre o assunto, Francisco José Borges Motta e Adalberto Narciso Hommerding (2013, p.195) entendem que “não há jurisdição sem que um procedimento assegure as condições para que os afetados pelas decisões possam participar da construção e interpretação normativas, bem como fiscalizá-las”.

O processo como direito fundamental elimina o termo “sujeição” da relação entre os sujeitos processuais e o substitui pela noção de independência e autonomia subjetiva (MOTTA; HOMMERDING, 2013).

2.4 O processo penal sob a perspectiva garantista no Brasil

Para que se compreenda o surgimento e a conceituação do garantismo processual penal faz-se necessário, antes de tudo, que se estabeleça o contexto histórico no qual a referida ideia nasceu. Ao construir esse percurso lógico, a percepção do Estado Democrático de Direito como pano de fundo será permanente e de grande valia.

Após a Segunda Guerra Mundial, em meados do século XX, evento marcado por diversas manchas à dignidade pessoal, pelo desrespeito a valores essenciais e por mortes, a criação de novos direitos constitucionais refletiu a demanda social por outras condições de vida e por um pensamento jurídico voltado a ideais democráticos (COUTINHO, 2012). Nessa linha de raciocínio, é importante salientar também que o processo penal passa a ser compreendido como um meio de proteção do acusado em face da ação persecutória do Estado, apresentando, por isso, função distinta do Direito Penal. Este, por sua vez, preocupa-se com a orientação normativa de condutas criminosas, buscando repreender, mediante sanções, violações a bens jurídicos socialmente considerados. Consta-se, com isso, que, para a aplicação do Direito Penal, nem sempre será necessária a presença do Direito Processual Penal, pelo contrário, a sua aplicação, em alguns momentos, poderá afastar o direito material, tendo em vista que tutelam sujeitos, muitas vezes, divergentes, como é o caso do acusado e da sociedade.

O Brasil, conforme o artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, constitui-se como um Estado Democrático de Direito, gozando de valores como soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como pluralismo político (BRASIL, 1988). Esse modelo de Estado busca aliar dois fortes elementos: as premissas constitucionais e a democracia, acrescentando, ao já consolidado Estado Social, a soberania popular (NUNES; BAHIA, 2010). Ao tentar

distinguir um governo representativo do século XVIII de uma ordem democrática, Enio Moraes da Silva (2005, p.219) ressalta que:

Não se pode deixar de registrar, neste ponto, que das revoluções burguesas do século XVIII não nasceu a democracia, mas delas se originou, isto sim o governo representativo, conceito mais restrito do que o de democracia, considerando que a participação popular no governo daquele período restou bastante limitada.

Definir o real propósito de um Estado Democrático de Direito não parece ser tarefa fácil, pois, ao revés do que muitos relatam, este modelo representa não apenas a participação do povo na escolha de seus representantes, mas também a abrangência de vários fatores responsáveis pela aproximação da atuação parlamentar à vontade dos representados (SILVA, 2005). Um deles é a supremacia da Constituição Federal e a vinculação desse ordenamento aos demais atos e poderes públicos, acentuando a necessidade de proteção dos direitos fundamentais (SILVA, 2005). Ao tratar do principal escopo desse modelo de Estado, José Afonso da Silva (1988, p.20) compreende que se deve “realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana”.

A liberdade individual, direito de primeira dimensão e de natureza negativa, é retrato do período Iluminista e configura-se como um elemento da construção do Estado Liberal, primeiro modelo de Estado de Direito (SILVA, 2005). Esse valor originou-se dos princípios da democracia, da constitucionalidade, do sistema dos direitos fundamentais e da justiça social, não se podendo esquecer também da premissa da intervenção mínima estatal (SILVA, 1988). Esta última, apesar de implícita na Constituição Federal brasileira, quando aliada à ótica do Direito Penal, entende que o Estado só deve agir para tutelar graves violações, ou seja, aquelas em que os mais importantes bens jurídicos correm risco, como é o caso da vida, da integridade física e psíquica, da privacidade e da liberdade (EROUD; INCOTT JUNIOR; TAPOROSKY FILHO, 2017).

Esses valores constituem-se como direitos fundamentais e são diferenciados dos demais direitos humanos, haja vista estarem resguardados pela Constituição Federal, já que esta lhes oferece especial proteção. Portanto, tem-se que, ao constitucionalizar valores morais, estes se transformam em direitos fundamentais,

podendo ser pleiteados perante o Estado (ROBLES,1992). Outra questão desafiadora a respeito desses direitos consiste na definição de sua natureza jurídica, principalmente quando presente um conflito, representando, para Dworkin (1999), jusfilósofo liberal, nada mais que evidências dos princípios da moralidade política da comunidade.

Ao assumir uma natureza normativa do Direito, a visão dworkiniana, por exemplo, encontra alguma razão de ser, pois busca, no dever ser, o sentido da sua existência, ao contrário do que se observa nas teorias jurídicas positivistas, as quais defendem a lógica descritiva do ser (PRAXEDES; LOPES FILHO, 2018). Essa visão interpretativista do Direito originou-se da ânsia do autor por uma solução para o problema da discricionariedade nas decisões judiciais, sendo o principal objeto do seu célebre debate com Hart (PRAXEDES; LOPES FILHO, 2018). Para a concretização desse projeto, foi essencial o conhecimento da concepção de Direito como integridade.

O Direito, visto sob o prisma da integridade, traz um olhar coerente para a resolução de conflitos difíceis, visto que essas decisões se encontram baseadas em outras semelhantes e que já são reiteradamente decididas, fazendo com que a atividade jurisdicional seja compreendida como um verdadeiro romance em cadeia (LAGES, 2001). O hermeneuta jurídico, assim, escreve uma narrativa a partir de outras. Desse modo, ao respeitar a moralidade política de uma comunidade, traduzida aqui como o histórico de entendimentos jurisprudenciais oriundo de uma interpretação construtiva, a discricionariedade vê-se combatida gradualmente por um juiz Hércules (LAGES, 2001).

Nessa perspectiva, os desacordos teóricos passam a ser reconhecidos como integrantes da própria estrutura do Direito, comprovando a desnecessidade da utilização do viés discricionário no momento do julgamento de *hard cases* (PRAXEDES; LOPES FILHO, 2018).

É clara, dessa forma, a considerável contribuição que Dworkin, com a sua noção de integridade, deixou para a ciência jurídica, uma vez que, ao encontrar uma solução para o grande questionamento criado pelo Positivismo Jurídico, permitiu uma maior completude na estrutura do Direito. Ademais, deve-se lembrar que a coerência adquirida na vinculação a decisões anteriores auxiliou, sobremaneira, a redução do ativismo judicial, conferindo maior força ao documento constitucional.

No Direito Penal, a teoria garantista, proposta por Luigi Ferrajoli, surgiu como uma tentativa de barrar o comportamento abusivo do Estado frente aos violadores dos mais relevantes bens jurídicos (NOVELLI, 2014). Todo processo erigido por pilares constitucionais precisa respeitar uma moldura normativa, na qual o seu funcionamento deve se espelhar para tutelar os bens jurídicos específicos (BARROS, 2018). No processo penal democrático não é diferente; os valores constitucionais se adequam às especificidades desse ramo jurídico, quando, por vezes, nuances são incorporadas ao conjunto principiológico fundamental (BARROS, 2018). Assim, a ciência penal, com base na premissa garantista, é um modelo normativo de Direito, o qual pode ser sintetizada como:

Uma política criminal onde prevalece a mínima intervenção do Estado no sistema normativo punitivo, pautado na validade da norma e na sua efetividade – de forma distinta e, também, entre si – atuando como uma filosofia política externa que impõe ao Estado e ao direito, o ônus de buscar a finalidade da norma penal. (NOVELLI, 2014, p.122).

O modelo garantista penal defende a adoção de pressupostos mínimos para que um sistema jurídico responsabilize um indivíduo por violações aos bens jurídicos constitucionais; são os axiomas do garantismo penal (FERRAJOLI, 2002). Esses preceitos caracterizam-se por atuarem predominantemente como prescrições, exprimindo comportamentos ideais à sociedade, entendidos como verdadeiras condutas normativas, sem as quais fica proibido punir alguém (FERRAJOLI, 2002). Esses dez axiomas de natureza penal e processual penal integram os princípios da retributividade, da legalidade, da necessidade, da lesividade, da materialidade, da culpabilidade, da jurisdicionariedade, acusatório, do ônus da prova e do contraditório (FERRAJOLI, 2002). A garantia da legalidade, mais especificamente a da estrita legalidade, manifesta-se como um fio condutor de todas as tutelas restantes, unindo o legislador penal ao sistema jurídico de garantias constitucionais (FERRAJOLI, 2002).

Nesse momento, levanta-se um questionamento: o processo penal brasileiro dispõe de garantias constitucionais vinculadas ao direito de liberdade do acusado? O texto constitucional brasileiro decorre de um aparato de experiências vividas pelos cidadãos ao longo da história; os resultados obtidos de lutas em face de violações de

direitos, sobretudo a liberdade, são vistos como conquistas (BARROS, 2018). A exemplo de agressões encontradas no cenário brasileiro, pode-se mencionar o recente caso envolvendo a possibilidade de execução provisória da pena logo após a decisão em segunda instância. As liminares requeridas foram indeferidas nas ações correspondentes — Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's) 43 e 44 —, desrespeitando, assim, o princípio da presunção de inocência (LEMOS JÚNIOR; DE PAULA, 2019).

No que concerne aos princípios constitucionais que enfrentam matérias processuais, nada mais salutar que se inicie o estudo pelo princípio do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da CRFB/88), mandamento que acumula todos os demais direitos e garantias processuais resguardados (LEMOS JÚNIOR; DE PAULA, 2019). Não é cabível defender a superioridade de um princípio constitucional em detrimento de outros, já que todos eles estão cobertos pelo manto da essencialidade, sendo detentores, portanto, de garantias processuais e, conseqüentemente, dos demais direitos fundamentais do indivíduo. Entretanto, quando o assunto é o garantismo penal, a integridade física e psíquica do acusado revela-se como principal preocupação do legislador, com vistas a preservar a posição de sujeito de direito do suposto criminoso e, assim, fortalecer o elo entre o particular e o Estado (GREGO, 2002).

Em se tratando da liberdade do acusado, direito fundamental a ser assistido no processo penal, interessa mencionar que o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/88, tem o condão de vincular a responsabilidade por um ato ilícito a uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado (BRASIL, 1988). Dessa forma, para que uma pessoa tenha a sua liberdade restringida, não basta que ela tenha cometido um fato típico, mas também que tenha se submetido aos trâmites de um processo judicial e, ainda, que tenha sido proferida, ao final, uma decisão definitiva, sem mais possibilidade de recursos (BELTRÁN, 2018). Para Ferrajoli (2002, p. 441), “esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”.

Na Constituição Federal de 1988 existem outras garantias processuais referentes à jurisdição e à liberdade como valor fundamental, a exemplo do inciso LIII, do

art. 5º, o qual prevê que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, assegurando um julgamento imparcial e implementando o princípio do juiz natural (BRASIL, 1988, n. p.). O contraditório e a ampla defesa integram também a proteção conferida àquele cujo direito de ir e vir é violado, servindo para os processos judiciais e administrativos (BRASIL, 1988).

O melhor e mais moderno entendimento sobre a garantia do contraditório foi alcançado a partir da introdução de um contexto procedimental, o qual prima pelo sentimento de previsibilidade, proporcionando a participação dos envolvidos na formação da decisão final da demanda (BARROS, 2009). Outro instrumento que um indivíduo sujeito às regras judiciárias pode alcançar consiste na proibição de provas por meio ilícito (artigo 5º, inciso LVI), orientação adequada para evitar uma análise abusiva da verdade dos fatos, podendo adquirir validação, excepcionalmente, por decreto judicial (GREGO, 2002).

Em regra, a identificação criminal do acusado, conforme o inciso LVIII, do artigo 5º da CRFB/88, apenas acontecerá caso o indivíduo não tenha sido identificado civilmente (BRASIL, 1988). Uma outra proteção dirigida ao preso diz respeito às condições para a realização da constrição de sua liberdade, admitindo uma prisão se esta for em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada pelo magistrado competente, salvo em situação de transgressão militar ou crime propriamente militar, previstos legalmente (BRASIL, 1988).

Além dessa disposição, não se pode olvidar que coordenada a ela existe o dever de comunicação imediata da prisão e do local onde o preso se encontra ao juiz competente, à família ou à pessoa indicado pelo acusado (BRASIL, 1988). Nesse ponto, faz-se necessário informar a importância da interrelação das tutelas processuais penais em um sistema garantista, evidenciando que a implementação insuficiente de uma garantia atingirá certamente a eficácia de direitos (BARROS, 2009).

A vedação à autoincriminação, prevista no inciso LXIII, do artigo 5º da CRFB/88, permite que o denunciado opte pelo silêncio ao ser questionado sobre o ilícito no qual é suspeito de atuar, evitando consequências danosas a partir de declarações dadas no processo judicial (GREGO, 2002). Há possibilidades de exceção a esta

garantia, a exemplo da realização do exame pericial corporal e da entrega de documentos ao Fisco, embora tragam obrigações processuais a serem cumpridas pelo réu, revelam-se duvidosas em sua exigência (GREGO, 2002). Sabe-se também que ao preso é conferida a oportunidade de conhecer os responsáveis por sua prisão ou interrogatório, momento em que a transparência dessa ação torna admissível, de forma inicial, a restrição ao valor liberdade (BRASIL, 1988).

Destaca-se que, salvo no caso da prisão em flagrante, toda prisão em um Estado Democrático de Direito deve ser legal e emanada de um mandado judicial escrito, devidamente fundamentado (ASSIS, 2013). Essa legitimidade atribuída à custódia funciona por meio da execução de condições limitadoras da liberdade de locomoção, configurando requisitos mínimos capazes de amparar a relativização desse direito fundamental (ASSIS, 2013). Nesse sentido, diz-se que uma prisão ilegal terá como consequência o seu imediato relaxamento, fortalecendo o propósito do princípio da presunção de inocência, o qual, em sua essência, privilegia a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

A liberdade provisória, por sua vez, garantia apontada constitucionalmente, revela-se como regra no sistema processual penal, somente ocorrendo a sua supressão com a necessidade de resguardar o objetivo final do processo (ASSIS, 2013). Ainda como integrante de um processo penal garantista, a Constituição Federal Brasileira dispõe do instrumento do *habeas corpus* para preservar especificamente o direito de locomoção, diante de lesões ou ameaças de violência ou coação oriundas de ilegalidade ou abuso de poder (ALBUQUERQUE, 2007). Essa ação constitucional pode ser manejada em face de atos estatais, como os atos administrativos e decisões judiciais, e de condutas particulares, agindo de forma preventiva ou repressiva em prol do cidadão ameaçado ou já lesionado (ALBUQUERQUE, 2007). Assim, a liberdade individual, além de receber proteção por intermédio das garantias constitucionais até então aduzidas, torna-se objeto de um remédio processual cujo cerne baseia-se no progresso social.

Ressalta-se, com isso, que, em um Estado Democrático de Direito, a doutrina das garantias constitucionais deve prevalecer na elaboração das decisões judiciais, influenciando, de forma profunda, no progresso e na melhoria social (NOVELLI, 2014).

Com o passar dos anos, essa garantia passou a corresponder não apenas à aplicação do princípio da intervenção mínima, mas também à segurança jurídica prometida à sociedade (NOVELLI, 2014). Desse modo, esse pensamento serve como um instrumento de limitação do expansionismo penal e da discricionariedade encontrada na aplicação inicial do princípio da proporcionalidade, preservando um dos mais caros preceitos constitucionais: a liberdade (EROUD; INCOTT JUNIOR; TAPOROSKY FILHO, 2017).

Não obstante ser notória a importância da concepção garantista negativa no sistema jurídico brasileiro, o aparecimento, no contexto histórico, de novas demandas sociais acarretou o aumento da estrutura estatal e de suas funções (STRECK, 2008). A confecção do princípio da proibição da proteção insuficiente do Estado surge, nesse período, com o desenvolvimento do viés positivo do princípio da proporcionalidade (NOVELLI, 2014). A ideia, em um primeiro momento, era de direitos fundamentais positivos, os quais conferiam uma obrigação de agir do Estado, respaldada no desejo de segurança da sociedade, repercutindo, mais à frente, um conflito de interesses. (STRECK, 2008).

Esse viés do princípio da proteção (*Untermassverbot*), revelado, no primeiro momento, na Alemanha do início século XX, em um caso sobre aborto, visualiza-se quando o Estado executa o seu dever de tutela de forma insuficiente, deixando de observar os limites mínimos estabelecidos para o controle das restrições dos valores fundamentais (SARLET, 2006a). Sobre o princípio da vedação da proteção deficiente do Estado e a nova funcionalidade dos direitos fundamentais na sociedade, Maria Luiza Shafer Streck (2008, p.81) explica que:

Dizendo de outro modo, enquanto os penalistas ligados à teoria garantista clássica liberal-iluminista se seguram no princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), os “garantistas positivos” sustentam que existe uma espécie de lado “B” da proporcionalidade – para utilizar a terminologia tradicional –, que é o princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Neste momento, não estamos mais tratando com o modelo clássico de proibição, mormente porque este contradiz a função tradicional dos direitos fundamentais: direitos unicamente de defesa.

Não se pode olvidar que o Direito Penal, nesse cenário, fez-se presente na sua melhor performance, conservando tanto os direitos individuais e sociais, como retratando a sua natureza dúplice dos direitos fundamentais (STRECK, 2008). Convém observar que, além do fortalecimento desse ramo jurídico, a tarefa de interpretar ganhou forças, proporcionando uma apreciação sistemática e constitucional diante do estudo dos demais ordenamentos (FISCHER, 2009). Outro aspecto interessante diz respeito à harmonia necessária entre os atos estatais e a previsão constitucional, devendo a atuação dos sujeitos públicos estar pautada no resguardo dos direitos fundamentais, não sendo admitidos desvios arbitrários (STRECK, 2008).

Percebe-se, todavia, que esse princípio, quando aplicado de forma indevida, em vez de cumprir o seu papel de garantidor constitucional da sociedade, acentua ainda mais os conflitos sociais, dificultando, por fim, a efetividade dos direitos fundamentais, centro da Constituição Federal de 1988.

3 COMO O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO PENAL NO BRASIL É VISTO DIANTE DO PROBLEMA DO EXCESSO DE PRISÃO PREVENTIVA?

A qualificação de uma afirmação como falaciosa torna a situação analisada apenas imbuída de emoção e preconceitos, carente de razão e objetividade, deixando fragilizado e insustentável o equilíbrio necessário a todo o discurso (THIRY-CHERQUES, 2001). Essa definição deve ser pontuada, nesse momento, a fim de traduzir um olhar crítico no processo penal brasileiro, atribuindo a ele um *status* duvidoso, dado que o excesso de prisão preventiva verificado atualmente tem se tornado incompatível com o direito de liberdade do réu e, conseqüentemente, com o modelo de processo adotado na Constituição Federal.

No Brasil, a medida cautelar da prisão preventiva está disposta no Código de Processo Penal e, em um Estado Democrático de Direito, deve ser aplicada com ponderações, representando decisões devidamente fundamentadas e dotadas de racionalidade (BADARÓ, 2008). Ao fazer uso desse preceito, o julgador estaria dosando a sua própria atuação, limitando o poder estatal e evitando condutas arbitrárias em prol do cumprimento dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal (SOUZA NETTO, 2002).

Percebe-se, porém, que o uso desenfreado da prisão preventiva não se trata de percalço encontrado apenas no Brasil, mas se considera também como um problema que atinge todos os sistemas regionais de direitos humanos, a exemplo do sistema americano, e, de forma mais direta, a liberdade, como valor inerente à ideia de dignidade humana do acusado (CIDH, 2013). De acordo com os relatórios emitidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), várias são as causas do uso excessivo da prisão preventiva pelos magistrados, perpassando por distintas questões que envolvem os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (HOMERIN, 2017).

Diante de tais observações, a incompatibilidade da utilização da custódia preventiva no Brasil com o modelo constitucional de processo tem sido evidente, sendo a preponderância das políticas repressivas, o exercício midiático e a carência estrutural para implementar medidas cautelares diversas da prisão alguns dos fatores responsáveis pelo desvio de finalidade da restrição provisória de liberdade do infrator (CIDH, 2017).

3.1 A prisão preventiva no Brasil

Uma sociedade que institucionaliza o seu poder e, como resultado, consolida a atuação de um Estado, elege um grupo de pessoas para se sujeitar ao seu constrangimento com o fim de aplicar uma penalidade (ZAFFARONI *et al.*, 2006). Esta, no entanto, não pode ser confundida com a prisão preventiva, sob pena de atingir a liberdade pessoal do indivíduo.

Para conceituar as penalidades, é de fundamental importância distinguir a figura da prisão-pena da prisão provisória, tendo esta os propósitos de retribuir e ressocializar o sujeito criminoso, além de prevenir futuros delitos, e aquela, o de tutelar a devida tramitação do processo penal (SILVA, 2016).

O poder punitivo no Brasil tem se revelado frágil diante dos excessos encontrados nas decretações das prisões preventivas, as quais, muitas vezes, têm ocorrido de maneira arbitrária, contrárias ao Princípio da Presunção de Inocência (ANDRADE, 2015b). Esse preceito assegura a liberdade do suposto infrator, não permitindo que o Estado puna um indivíduo antes de um devido processo legal (VASCONCELLOS, 2008). Tal movimento ganha vez a partir do desdobramento dos fundamentos dessa prisão, especialmente, com a preservação da ordem pública, um termo aberto sujeito a interpretações diferentes (ALMEIDA, 2010).

Sabe-se que a prisão preventiva foi criada para garantir a efetividade do Direito Penal, proporcionando um contexto adequado para se prolatar uma sentença judicial, por isso, segundo o art. 282, §6º, do Código de Processo Penal (CPP), essa medida deve ser vista como uma excepcionalidade, não podendo ser operada para castigar o réu (VASCONCELLOS, 2008).

Esse pensamento de viés liberal implica a separação do ser ainda inocente daquele já condenado, preocupação que não pode ser desconsiderada diante do excesso de prisões preventivas decretadas no Brasil (ALMEIDA, 2010).

3.1.1 Breve histórico

Na História, a prisão como meio de assegurar a efetividade de um processo penal precedeu a instituição da prisão como espécie de penalidade decorrente de violação de bens fundamentais, sendo implementada apenas no século XVIII (LAZZAROTTO, 2006).

Desse modo, a prisão existente na fase da Antiguidade era aquela que se conhece hoje por prisão cautelar, visto que, para repreender um infrator, naquela época, aplicava-se a pena corporal, usando uma parte do corpo como compensação de um ato ilegal (LAZZAROTTO, 2006). Mesmo diante dessa realidade, a prisão preventiva era tida como exceção, sendo decretada somente quando houvesse risco de fuga do criminoso ou quando fosse cometido certos delitos, como crimes contra a pátria e peculato (PRADO, 2018).

Pode-se relatar que foi a partir do século XVIII que as luzes trazidas pelas Revoluções Liberais acenderam o desejo do povo por proteção da liberdade, direito inerente a todo ser humano. Esse fato inaugurou a noção de presunção de inocência na seara jurídica criminal, isto é, o sujeito não mais precisava provar a sua inocência, como na época medieval (VASCONCELOS, 2008).

A liberdade consiste em um dos bens mais preciosos do ser humano, sem ela, o desenvolvimento individual e social não experimentaria progressos. Representa, portanto, algo que nos foi concedido desde o nascimento, mas, aos poucos, tolhido, em comum acordo, em prol de uma suposta maior segurança pessoal. Entretanto, deve-se entender que a transação realizada entre o particular e o Estado só se mostra justificável se a liberdade for disposta apenas parcialmente, em outras palavras, somente é preciso uma parcela de liberdade para que a tutela dos demais direitos seja implementada (BECCARIA, 1764).

Assim sendo, a lei surge para punir um indivíduo em face de atitudes opressoras, aplicando sanções e constituindo a imagem de um ser soberano, ou seja, aquele que teria a missão de fazer justiça e que deteria o poder de punir

(BECCARIA,1764). Sobre a disponibilidade da liberdade para o Estado, é cabível notar que

Ninguém fez gratuitamente o sacrifício de uma porção de sua liberdade visando unicamente ao bem público. Tais quimeras só se encontram nos romances. Cada homem só por seus interesses está ligado às diferentes combinações políticas deste globo; e cada qual desejaria, se fosse possível, não estar ligado pelas convenções que obrigam os outros homens. (BECCARIA, 1764, p. 9).

No sistema processual brasileiro existem três espécies de medidas cautelares, quais sejam, as de caráter patrimonial, como o arresto, o sequestro e a hipoteca, previstos nos artigos 125 a 144 do CPP, a probatória, por exemplo, o depoimento *ad perpetuam rei memoriam*, disposto no art. 225 do CPP, com a finalidade de preservar a fonte de prova e, por fim, a pessoal. Esta incide sobre o ser humano e tem a prisão preventiva como tipo; encontra-se mais especificamente no grupo das prisões provisórias (FERNANDES, 2019).

Por seu turno, o tratamento constitucional conferido às formas de prisão engloba duas opções: a primeira é o flagrante delito; a segunda depende de decisão judicial escrita e fundamentada, integrando, neste caso, a prisão preventiva, se ocorrer antes da sentença condenatória. Em ambas as espécies há o devido processo penal (DELGADO, 1992).

No Brasil, a prisão preventiva surgiu em 1821, com um decreto editado pelo Conde dos Arcos, no dia 23 de maio, cuja preocupação era centrada na insegurança social e na aplicação arbitrária da referida custódia (PRADO, 2018). Em seguida, agora já como país independente, o Brasil, com a Constituição de 1824, dispôs que, salvo as exceções legais, um indivíduo não poderia ser preso antes de formada a sua culpa (VASCONCELOS, 2008). A formação desse elemento, por sua vez, foi definida pelo Código de Processo Criminal de primeira instância, instaurado em 1832, que estabelecia também, como hipótese de prisão preventiva, os casos com crimes sem fiança (PRADO, 2018).

A possibilidade de requerimentos e representações do interessado e de autoridades públicas para a prisão preventiva, por sua vez, ocorreu em 1871, por meio

do Decreto n. 4.824. No início do século XX, os crimes afiançáveis foram incluídos nas situações de cabimento desse tipo de custódia, desde que respeitadas algumas condições (PRADO, 2018). Em 1941, mediante o Código de Processo Penal vigente à época, determinou-se, de forma compulsória, a prisão preventiva para crimes cuja pena era de dez anos ou mais, refletindo um período autoritário e não garantista (BADARÓ, 2008). Alguns anos depois, em 1967, com o advento da Lei n. 5.349, a referida prisão em debate deixou de ser obrigatória, o que desvendou a sua real essência naquele momento, qual seja, a de pena antecipada (BADARÓ, 2008).

Passados dez anos, alterações processuais retiraram a figura da fiança das condições para a prisão preventiva, sendo possível, a partir daquele momento, um indivíduo responder um processo penal em liberdade sem o pagamento de quantia, ato considerado mais célere por ser realizado por uma autoridade policial (VASCONCELOS, 2008). Posteriormente, o condenado, desde que primário e de bons antecedentes, passou interpor recurso de apelação, em liberdade, em face de sua condenação, surgindo, em 1988, fruto da Constituição Federal cidadã, a previsão expressa do Princípio da Presunção de Inocência. (BADARÓ, 2008). Esse preceito, disposto no inciso LVII, do art. 5º, da CRFB/88, determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, circunstância que vai de encontro com a realidade do uso da prisão preventiva nos dias de hoje (BRASIL, 1988, n. p.).

3.1.2 Requisitos e Cabimento

No processo penal, as medidas cautelares, apesar de assegurarem, como no processo civil, o desenvolvimento processual e uma decisão final de mérito, gozam de um requisito peculiar: a possibilidade da existência de um delito (*fumus commissi delicti*), ou seja, a prova da materialidade do fato e os indícios suficientes de autoria, diferindo-se da tradicional “fumaça do bom direito” estudada no processo civil (LOPES JÚNIOR, 2019). O elemento factual demanda uma certeza e o elemento subjetivo, um indicativo, revelando um misto de intensidades na decisão prisional.

O perigo da liberdade (*periculum libertatis*), fundamento para a decretação da prisão preventiva e, por alguns, tido como requisito desta, encontra-se descrito no art. 312 do CPP, mediante a reunião de situações que legitimam o risco da soltura do suposto infrator na sociedade (LOPES JÚNIOR, 2019). A garantia da ordem pública e da ordem econômica, bem como a conveniência da instrução criminal ou a tutela da aplicação da lei penal são ocasiões que se enquadram, de forma não cumulativa, na moldura legal, experimentando, todavia, certa abertura de sentido, causadora da temida discricionariedade judicial (FERNANDES, 2013).

Essa observação pode ocasionar a relativização da proteção do direito fundamental à liberdade, com seus efeitos sendo atenuados a partir da consolidação da jurisprudência (FERNANDES, 2013). Nesse ponto, demonstra-se a preocupação em se evitar subjetivismos na análise de casos difíceis, deixando a previsibilidade substituir a discricionariedade (CARVALHO; SIMIONI, 2016). Esta, muitas vezes compreendida indevidamente, só deve existir quando aliada a limites fixados por uma autoridade ou por diretrizes superiores (DWORKIN, 2002). Essa noção de controle, notada no conceito genuíno de poder discricionário, busca prevenir a ocorrência de um eventual caos social, fruto da prática de arbitrariedades e, em uma análise mais profunda, regular os instintos naturais do ser humano.

Dworkin (2002) partilha dessa ideia quando reconhece a existência de duas espécies de poder discricionário, o fraco e o forte. O fraco assim se subdivide: pode ser direcionado às ocasiões em que as normas, involuntariamente, expressam vagueza, em razão da natureza lacunosa, e pode ser direcionado às autoridades responsáveis pela reanálise de decisões anteriormente proferidas por autoridades hierarquicamente inferiores. Já o segundo sentido, pela própria vontade da norma, vincula-se, não à eventual margem encontrada em determinada solução de um caso concreto, mas à imprecisão contida nos padrões estabelecidos, que são contornos reais da ordem. Sobre essa distinção, Ikwa (2004, p. 98) revela que o assunto não se esgota em si mesmo, apresentando questões fundamentais:

Ela corresponde à discricionariedade em sentido forte, implicando a ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados ou, em outras palavras, à ideia de que os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre o juiz

para que decida de uma determinada forma. Essa terceira acepção estaria por fim ligada às questões da completude ou incompletude do direito, da natureza legal ou meramente moral dos princípios, da competência ou incompetência do juiz de elaborar leis.

É necessário considerar que a prisão preventiva pode ser decretada pelo magistrado em dois momentos diversos, tanto no inquérito policial, quanto no curso do processo penal, por iniciativa do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação do Delegado de Polícia (BRASIL, 1941). Para que essa medida cautelar seja cabível, os delitos devem ser dolosos, com a pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, e o réu condenado, com trânsito em julgado da decisão, por crime doloso anterior não integrante do inciso I, do art. 64, do CP, ou se ficar configurado o crime de violência doméstica contra a mulher, criança, adolescente, idoso e demais sujeitos contidos no inciso III, do art. 313 do CPP, para assegurar a proteção dessas vítimas (BRASIL, 1941).

3.1.3 Avanços legislativos

Em 2011, o Código de Processo Penal sofreu uma reforma considerável, aproximando os seus institutos dos ditames constitucionais, o que se viu com o princípio da excepcionalidade da prisão (FANTUCI *et al.*, 2013). Antes desse ano, só era cabível, no direito processual penal, duas opções de medidas cautelares, quais sejam: a liberdade e as prisões provisórias (FERNANDES, 2019). Com o advento da Lei n. 12.403/11, surgiram inovações de caráter garantista e, com elas, uma nova categoria de medida cautelar pessoal, tais como as medidas alternativas à prisão e a possibilidade da decretação da fiança pela autoridade policial. Esses avanços foram motivados pela averiguação das prisões superlotadas, fator prejudicial para um desenvolvimento humano digno (MANZANO, 2012).

Dentre essas medidas cautelares diversas da prisão, podem-se citar: o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deve o indiciado ou acusado

permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; a proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deve o indiciado ou acusado dela permanecer distante; a proibição de ausentar-se da Comarca ou do País quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, quando o investigado ou acusado tem residência e trabalho fixo e o monitoramento eletrônico (BRASIL, 1941).

Nota-se que algumas dessas medidas são dotadas de natureza de penalidade, o que, entretanto, não viola valores constitucionais, por se diferenciarem pelo local de cumprimento, não podendo ocorrer nos mesmos estabelecimentos em que são executadas as sanções definitivas. Preservam, com isso, o princípio da racionalidade e o da integridade humana dos presos provisórios (MANZANO, 2012). Sabe-se que o ambiente em que se vive, juntamente às circunstâncias e às pessoas que o integram, influencia consideravelmente no desenvolvimento e na formação do ser humano, trazendo para ele experiências positivas e negativas, como aprendizados e traumas, que, conseqüentemente, interferem em seus comportamentos futuros na sociedade.

Diante desse cenário e da finalidade de contenção das prisões efetuadas, o Brasil, após as ratificações de Tratados Internacionais (Pacto de San José da Costa Rica e Pacto de Direitos Civis e Políticos) e a necessidade de seu cumprimento, resolveu, por meio da Resolução n. 213/15 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), reger a audiência de custódia, a qual assegura a apresentação pessoal do preso, em flagrante delito, ao magistrado, para que este aprecie a legalidade da conduta prisional (LINO; OLIVEIRA FILHO, 2017).

Esse ato processual contribuiu para combater as práticas de torturas e de desrespeito aos direitos fundamentais, promovendo um ambiente democrático de debate acerca da privação de liberdade, em que o acusado tem a oportunidade de se manifestar antes mesmo da fase instrutória (LOPES JÚNIOR, 2014).

Na época em que a prisão surgiu, esta era compreendida como mecanismo coerente e de elevada funcionalidade, dado o propósito inicial de sua criação — transformação do indivíduo e reprodução, na medida do possível, da realidade social —,

o que parecia uma oficina para a correção de indivíduos infratores (FOUCAULT, 1986). Todavia, com o passar dos anos, em decorrência das mudanças das relações pessoais, do crescimento da violência e da prevalência de políticas criminais repressivas, entre outros motivos, essa visão passou por certa relativização, conferindo à prisão um novo efeito: a restrição da liberdade do acusado.

Não obstante inexista previsão na Constituição Federal e no Código de Processo Penal sobre a audiência de custódia, esses ordenamentos pátrios também expressam as ideias de tramitação razoável e de contraditório no processo judicial (LOPES JÚNIOR, 2014). Considerando a funcionalidade da audiência de custódia e, a depender do caso analisado, a possibilidade de manutenção da liberdade provisória do demandado, é notório que esse instituto favoreceu a relativização da cultura do encarceramento no país.

Em 2016, por sua vez, houve o aperfeiçoamento da medida cautelar já existente, formulada pela Lei n. 12.403/11, denominada prisão domiciliar (BRASIL, 1941). Prevista no art. 317 do CPP, essa medida consiste em um modo de exercício da prisão preventiva, no qual o acusado isola-se na sua residência, podendo sair apenas com permissão judicial (BRASIL, 1941). Esse contexto dá-se por circunstâncias atinentes à saúde e à idade do infrator, incorporando a sensação de humanidade à situação analisada, que predomina sobre o sentimento de insegurança experimentado pela sociedade (MACHADO, 2019).

Assim, os momentos nos quais a prisão preventiva pode ser substituída pela prisão domiciliar são: caso o infrator (a) tenha mais de oitenta anos ou esteja extremamente debilitado por motivos de doenças graves; quando for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos ou com deficiência; se a pessoa for gestante; for mulher com filho de até doze anos de idade incompletos ou, se homem, for o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos (BARBOSA, 2017). Nesse sentido, entende-se que, com o advento da prisão domiciliar, a limitação da prisão preventiva tornou-se ainda mais habitual, conferindo outras oportunidades ao réu de manter-se liberto até o trânsito em julgado da sentença.

O Pacote Anticrime, como ficou conhecida a Lei n. 13.964/19, em seu texto final, após alterações implementadas pelo Senado Federal e após sanção do Presidente da República, incluiu, ao instituto da prisão preventiva, algumas restrições, tornando, em tese, a liberdade de um suposto inocente mais assegurada (MELLO; GOMES, 2020). O magistrado não poderá mais determinar, de ofício, a prisão preventiva, devendo cumprir mais um requisito para a sua decretação, qual seja, o indício de perigo oriundo da liberdade do infrator, que atualmente encontra-se disposto na parte final do art. 312 do CPP (BRASIL, 1941).

Dentre as considerações trazidas pela lei, há também a proibição da prisão preventiva como antecipação da pena, prevista no §2º, do art. 313, do CPP, e a obrigação de renovação da necessidade da prisão a cada 90 (noventa) dias da determinação inicial, como disposto no art. 316, parágrafo único, do CPP (MELLO; GOMES, 2020). Ambas as normas oferecem oportunidades para evitar a desnaturação da prisão cautelar, traduzindo o verdadeiro sentido da tutela processual penal.

Não se pode olvidar, por fim, a expressa exigência de uma decisão devidamente motivada e fundamentada, baseada na demonstração de fatos novos ou contemporâneos para a decretação da prisão, não sendo autorizados, por exemplo, a mera reprodução de dispositivo legal ou precedente judicial e o emprego de expressões jurídicas indeterminadas ou genéricas (BRASIL, 1941).

Diante da necessidade desses avanços legislativos, percebe-se que, apesar de o instituto da prisão preventiva ter surgido no sistema jurídico com um propósito positivo e garantista, ao longo dos anos, pareceu uma forma de antecipação da pena do réu, afastando deste os direitos fundamentais processuais, já que se utilizou dessa custódia como alternativa imediata e precoce de promoção da segurança pública.

3.2 A prisão preventiva no cenário mundial

Fruto de reflexões e questionamentos trazidos pelo período Pós-Guerra, surgiu, em 1945, em meio à ressaca bélica, a Organização das Nações Unidas (ONU), órgão mundial cujo principal objetivo consiste na defesa dos direitos humanos,

eliminando barreiras anteriormente expostas pelo caráter soberano estatal (PIOVESAN, 2001). Desse modo, a formulação de um Direito Internacional dos Direitos Humanos passou a transcender interesses locais, conferindo importância à aplicação de normas internas e externas (MENDONÇA, 2014).

Após decorridos alguns anos, consolidou-se na esfera internacional o Direito Processual Penal, por intermédio da edição da Declaração Universal de Direitos Humanos, documento que reúne preceitos e orientações basilares que devem ser cumpridos pelos países integrantes, passando os direitos debatidos a serem universais e indivisíveis e a dignidade da pessoa humana entendida como norte de todo o ordenamento jurídico (MENDONÇA, 2014; PIOVESAN, 2001). A liberdade, valor fundamental e direito ínsito a todo ser humano, está expressamente tutelada no art. 11, item 1, do referido documento, estipulando que "Toda a pessoa acusada de um ato delituoso se presume inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas." (ONU, 1948, n. p.).

Como consequência dessa fase, sistemas regionais despontaram progressivamente na comunidade internacional, com o objetivo de realçar os problemas e as dificuldades apresentadas em cada região do mundo, além de detectar, posteriormente, as causas geradoras e encontrar possíveis soluções para o cenário atual (MENDONÇA, 2014). Com a regulamentação dos direitos humanos feita de forma abrangente, a Europa, a África e a América também sentiram a necessidade de ordenar especificamente os seus estados-membros sobre os referidos direitos, dessa vez, de acordo com as principais violações e demandas encontradas em cada localização (BICUDO, 2003).

O sistema americano de direitos humanos, inspirado no modelo construído na Europa, originou-se da Organização dos Estados Americanos (OEA), conjunto de órgãos, formulado, em 1948, por uma Carta constitutiva, cuja principal finalidade consistiu na promoção da justiça, na defesa dos direitos do homem e na conservação de democracia das nações americanas (BICUDO, 2003; OEA, 1993). Como partes integrantes da OEA, a Assembleia Geral, a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, os Conselhos, a Comissão Jurídica Interamericana, a Secretaria-Geral, as Conferências

Especializadas e os Organismos Especializados atuam de forma autônoma, porém, em conjunto e integrados (OEA, 1993).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão dessa Organização, atua de modo consultivo e não judicial, sendo criada em 1959 com a função de zelar pela implementação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH) (SANTOS, 2007). Esse documento coletivo internacional, também conhecido por “Pacto de San José de Costa Rica”, assegura a liberdade pessoal e a justiça social, consolidando os direitos essenciais de um indivíduo pelo simples fato de sua natureza humana (OEA, 1969).

A CIDH recebe denúncias dos indivíduos sobre violações aos direitos por Estados convencionados ou não, sendo composta por sete integrantes, os quais representam os estados-membros da OEA (SANTOS, 2007). Desde a sua criação até os tempos atuais, essa Comissão tem recebido um número cada vez maior de petições e isso se deve às mudanças culturais e políticas alcançadas pela sociedade, gerando maior segurança e iniciativa na defesa dos direitos humanos (SANTOS, 2007).

Nesse contexto, quando se trata de direitos humanos nos Estados Americanos, não se pode deixar de abordar alguns documentos relevantes, como é o caso dos Relatórios Temáticos produzidos pela CIDH, resultantes de uma profunda análise a respeito da situação desses direitos nos estados signatários (BARRETO; ZANDONÁ, 2010). Esses panoramas são elaborados pelas diversas Relatorias constantes do Órgão, atuam como mecanismos de pesquisa e avaliação sobre determinada condição selecionada e produzem, ao final do trabalho, uma síntese do que foi colhido e concluído sobre o tema (BARRETO; ZANDONÁ, 2010). Em 2004, foi criada a Relatoria sobre os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade, cuja meta consistiu em analisar, por meio de visitas aos estabelecimentos prisionais específicos, e emitir recomendações que devem ser respeitadas pelos Estados americanos para que ocorra o resguardo satisfatório dos direitos humanos (OEA, 2019).

Dentre as recomendações sugeridas por essa Relatoria, o Relatório sobre o uso da prisão provisória na América, editado em 2013, representa a primeira orientação que efetivamente compilou as investigações realizadas nos anos anteriores em alguns países americanos, relatando a condição da aplicação da prisão cautelar nesses locais

e, simultaneamente, das pessoas privadas de sua liberdade no continente em destaque (CIDH, 2013). A situação desses sujeitos apresenta-se, no cenário mundial, como uma das principais adversidades a serem enfrentadas pelas nações dessa região, caracterizando o descontrole da utilização da prisão provisória, apontado como um problema crônico desses países e o principal gargalo desse fato (CIDH, 2013).

Até o final do século XX e início do século XXI, as normas processuais penais de nacionalidade latino-americana não estavam totalmente incorporadas em uma perspectiva garantista, pois traziam traços inquisitórios, os quais reuniam em uma só pessoa as funções de investigar, acusar e julgar, desse modo, predominava um procedimento sigiloso, assim como uma defesa de pouca materialidade (GIACOMOLLI; MAYA, 2016). Outro efeito era o manejo indiscriminado do instituto da prisão preventiva para alguns delitos, sendo empregado como um meio de antecipação de pena, condição que registra a fragilidade das garantias internacionais dos direitos humanos nessa conjuntura (GIACOMOLLI; MAYA, 2016).

Nesse contexto, com a difusão de movimentos plurais e acessíveis, passou-se a ter interesses diversos; o espírito democrático ganhou espaço na vida da sociedade em geral, tornando a natureza humana, bem como a sua tutela, o centro dos debates mundiais e acautelando, por conseguinte, a custódia preventiva no ambiente processual (GIACOMOLLI; MAYA, 2016). A necessidade de adequação da legislação processual penal às orientações normativas humanitárias e a uma condução menos autoritária de uma demanda judicial permitiram o avanço do sistema jurídico acusatório e a adoção dos princípios da necessidade e da excepcionalidade na medida penal cautelar restritiva de liberdade (GIACOMOLLI; MAYA, 2016).

Nesse sentido, a título de curiosidade sobre a situação em geral, ao examinar o caso dos detentos provisórios de alguns países membros da OEA durante o período de quinze anos, a CIDH evidenciou que, na maioria desses territórios, o índice de prisões sem decisões transitadas em julgado superou a metade do total de custodiados, chegando a 93% (noventa e três por cento) no Paraguai, em 1988, e a 85% (oitenta e cinco por cento), no Haiti, em 2007 (CIDH, 2013). Dentre as causas mais corriqueiras encontram-se: a lentidão no julgamento dos processos judiciais; a carência técnica e profissional das instituições da Polícia e da Defensoria Pública; o enfraquecimento da

autonomia judicial em razão da pressão dos meios midiáticos por uma resposta imediata aos crimes; a tendência legislativa à adoção de prisão provisória, em vez de outras medidas cautelares menos privativas, e as práticas de corrupção (CIDH, 2013).

Decorridos alguns anos, já em 2012, apurou-se, após o envio de um questionamento sobre a prisão provisória a alguns países membros da OEA, que as quatro nações com as maiores percentagens de detentos não condenados eram: a Bolívia (84%), o Paraguai (73,1%), o Panamá (65%) e o Uruguai (65%), assinalando a cultura prisional como fator comum desses locais (CIDH, 2013).

Em 2010, o Brasil atingiu o percentual de 33,18% (trinta e três vírgula dezoito por cento) de presos provisórios; comparou-se com o número total de encarcerados no mesmo período, com nível superior, dos Estados Unidos (20,2%). Além do mais, cabe ponderar que, nesse momento, a população estadunidense representava quase o dobro da população brasileira, revelando, no cenário brasileiro, um alto índice de detentos custodiados de maneira preventiva (DEPEN, 2020; WPB,2019). Em relação ao Brasil, a Organização das Nações Unidas (ONU), em 2013, por meio do Grupo de Trabalho sobre Detenções Arbitrárias, indicou que quase metade da população carcerária do país resumia-se a presos provisórios, ilustrando algumas consequências negativas advindas dessa observação, como a superlotação prisional e a reunião dos custodiados que esperavam uma condenação com aqueles já condenados (CIDH, 2013).

Passados mais de três anos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos sintetizou os resultados das recomendações aconselhadas aos países examinados no relatório de 2013 e desenvolveu, em 2017, o relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão provisória nas Américas, em que foram abordados os avanços e desafios no enfrentamento da utilização desmoderada da custódia cautelar, obstáculo significativo para a mudança de visão pretendida (CIDH, 2017).

Todavia, apesar do empenho lançado pelos integrantes na realização das metas propostas pelo órgão internacional, em 2013, os resultados ainda se mostraram insuficientes e incapazes de transformarem, de maneira substancial, o aspecto da prisão provisória no Brasil.

É evidente que o Brasil adota a ideia do Direito Penal como principal meio para sanar os conflitos sociais (HOMERIN, 2017). De acordo com o banco de dados “World

Prison Brief”, criado em 2000 pelo “Institute for Crime & Justice Policy Research” (ICPR), em Birkbeck, na Universidade de Londres, o Brasil, em 2015, contava com 37,5% (trinta e sete vírgula cinco por cento) da população carcerária em prisões provisórias, o que equivale a 128 (cento e vinte e oito) detentos por 100.000 (cem mil) habitantes (WPB, 2019). Essa soma se revelava preocupante quando em comparação com os dados dos Estados Unidos, que, além de apresentar um índice inferior de presos provisórios (20,3%), indicava também um índice populacional superior (320 milhões) que o existente no Brasil (204 milhões) naquela época (MJSP, 2017).

Mesmo se deixando clara a coerência da relação do número de detentos preventivos com a quantidade populacional de um país, mostra-se de fundamental relevância, nesse caso, também realizar uma comparação com a taxa de criminalidade encontrada nas nações utilizadas como referências. Esse fator não se revela determinante para se concluir sobre a existência de um alto índice de presos provisórios no Brasil, mas, ao revés, traduz e justifica, de forma mais lógica, a necessidade de penalizar, com a detenção, o suposto criminoso.

Nesse sentido, a criminalidade nos Estados Unidos, representada por 2.145.100 (dois milhões, cento e quarenta e cinco mil e cem) presos durante o ano de 2015 e o primeiro semestre de 2016, mostrou-se bem mais intensa quando comparada com a constatada no Brasil, pois, aqui, a pesquisa apontou o total de 698.618 (seiscentos e noventa e oito mil e seiscentos e dezoito) custodiados em geral (MJSP, 2017). Percebe-se que, embora a população prisional do país norte-americano seja maior, transparecendo um nível de criminalidade mais elevado que o visto no Brasil, a porcentagem de presos provisórios é menor que a encontrada no nosso país.

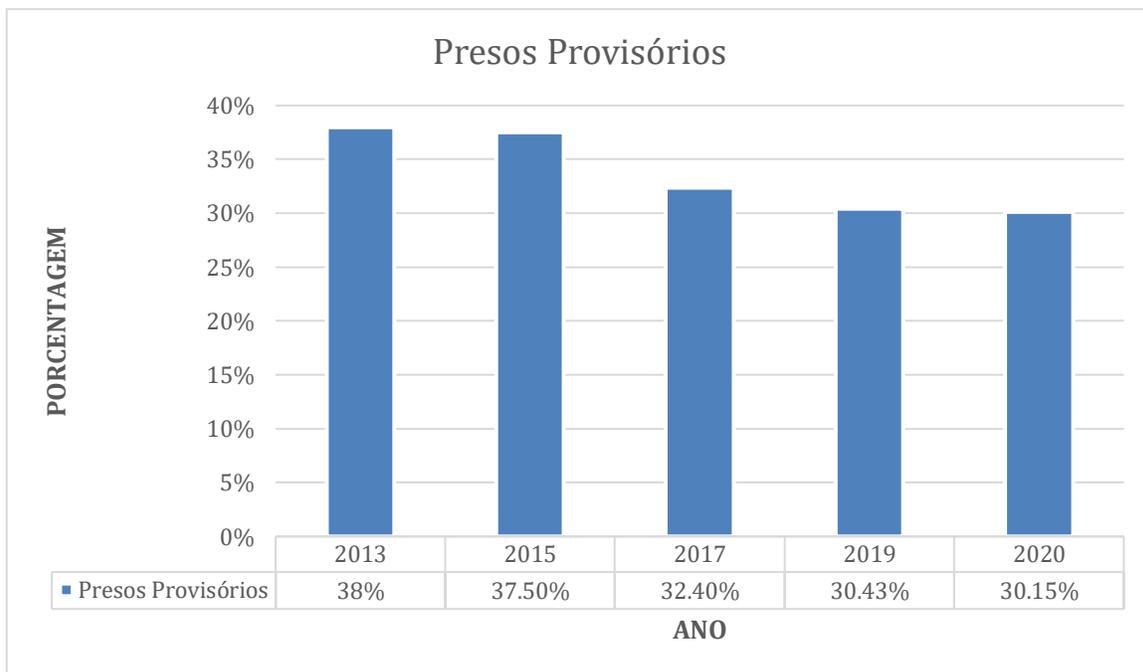
Por outro lado, observa-se que, nesse mesmo período, o Brasil ultrapassou 59.000 (cinquenta e nove mil) assassinatos, o que equivale aos assassinatos ocorridos em 52 (cinquenta e dois) países, entre eles, EUA, Canadá, Austrália, França, Holanda, Suíça, Alemanha e outros (DEURSEN, 2018). De fato, no sistema criminal dos EUA, o órgão do Ministério Público goza de uma maior autonomia e, por isso, consegue realizar efetivas negociações penais, atingindo a marca de quase 95% (noventa e cinco por cento) de soluções extrajudiciais nessa esfera jurídica, reduz os custos e a demora para a conclusão do caso (GORDILHO, 2009).

Assim, analisando esse cenário, foram enunciadas algumas complexidades durante esse período, as quais dificultaram o alcance do objetivo da Comissão, não apenas nas duas nações acima examinadas (Brasil e EUA), mas também em cada país membro da OEA, como é o caso do predomínio da legislação pela prática prisional em detrimento da prática de outras medidas cautelares. Ademais, a ineficiência da defesa pública, a falta de coerência entre os órgãos atuantes e o desviado trabalho da mídia, em vez de funcionar como modelos de reflexão da postura repressiva, têm agido de forma a incentivar o ato de prender como a única solução para as condutas ilícitas (CIDH, 2017).

Após dois anos, em 2017, a quantidade de presos provisórios reduziu para 255.900 (duzentos e cinquenta e cinco mil e novecentos), o que equivale a 35,41% (trinta e cinco vírgula quarenta e um por cento) do total dos custodiados, tendo em vista a implementação da audiência de custódia, bem como de outras medidas mais acautelatórias, como a prisão domiciliar (DEPEN, 2019b). O ano de 2019 termina na mesma direção, pois apresenta um índice de 30,43% (trinta vírgula quarenta e três por cento) de presos sem condenação, vinculando essa progressiva diminuição à formulação e à execução de melhorias advindas de políticas públicas, à reestruturação legislativa e à mudança da tendência dos posicionamentos judiciais (DEPEN, 2019b).

Até o primeiro semestre de 2020, o Brasil contava com cerca de 759.976 (setecentos e cinquenta e nove mil novecentos e setenta e seis) custodiados, número que dispõe de 30,15% (trinta vírgula quinze por cento), isto é, aproximadamente 228.976 (duzentos e vinte e oito mil novecentos e setenta e seis) presos provisórios na espera da prolação de uma decisão definitiva pelo Poder Judiciário (DEPEN, 2020).

Figura 1: Representação entre a porcentagem de presos provisórios e os anos analisados

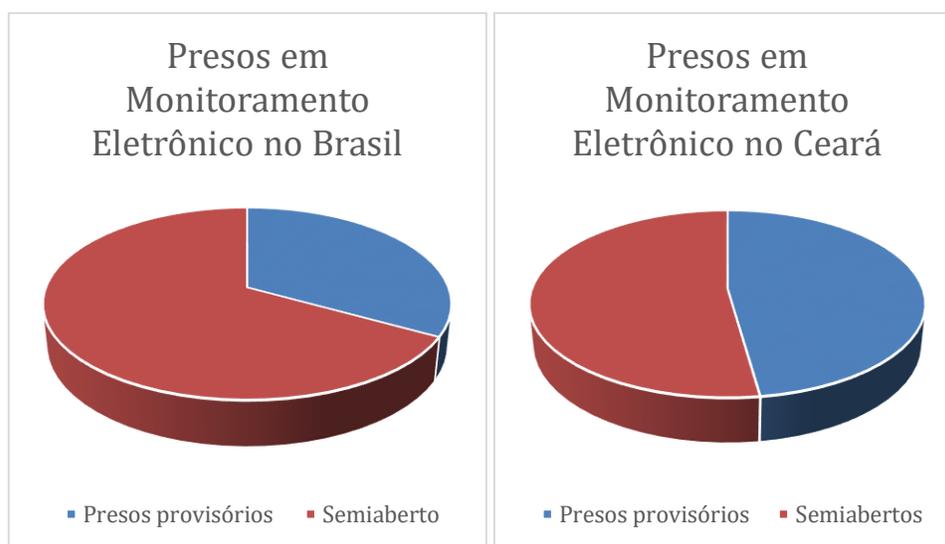


Fonte: Elaboração própria (DEPEN, 2019a; 2019b; 2020; CIDH, 2013; WPB, 2019).

Realça-se que, dentre a totalidade dos detentos em monitoramento eletrônico no Brasil, por exemplo, há uma maior quantidade deles em regime semiaberto de cumprimento de pena do que na condição de provisoriedade. Realidade diferente ocorre quando se analisa apenas o Estado do Ceará nesse mesmo período (DEPEN, 2020).

Essa estatística indicou que, no Ceará, a cultura do encarceramento de acusados, refletindo um intuito estatal repressivo, tem sido apresentada de modo mais intenso quando comparada com o cenário brasileiro em geral, pois verifica-se que no estado cearense existem mais detentos monitorados eletronicamente que encontram-se cumprindo pena em regime semiaberto e que ainda respondem processos. Ressalta-se também que, caso houvesse o esvaziamento da quantidade de sujeitos que cumprem atualmente pena provisória no país, certamente as vagas existentes nos estabelecimentos prisionais bastariam para servir de penalidades aos condenados (HOMERIN, 2017).

Figura 2 – Comparativo de presos em monitoramento eletrônico



Fonte: Elaboração própria (DEPEN, 2020).

Nessa lógica, o que se tem notado em muitos Estados é a prevalência do desejo de punição em detrimento da atitude restaurativa daquele que agride os direitos humanos, demonstrando uma ausência de crença na transformação do sujeito e, por conseguinte, fortalecendo a ideia de repressão como solução para a criminalidade (SINGER, 1998). Esse comportamento faz parte do comércio de fiscalização do delito que é verificado na moderna sociedade, no qual as estruturas de segurança, os aparelhos de monitorização e os funcionários aptos são elementos integrantes (SINGER, 1998). Nota-se que essa tendência punitivista resultou no avanço dos números da população carcerária no mundo, bem como dificultou as condições de ressocialização do preso, violando valores internacionalmente tutelados.

Não é raro aparecerem casos de indivíduos que, por serem considerados suspeitos do cometimento de um crime, por fatores, às vezes, ilegítimos, ficam presos provisoriamente no decorrer de quase todo o curso processual e, ao final, no momento da sentença, é constatada a sua absolvição (GONÇALVES, 2020). É a situação presenciada, por exemplo, por Troy Davis, nos Estados Unidos, preso e submetido à pena de morte por uma acusação inconclusiva de homicídio, bem como por Heberon Lima de Oliveira, no Brasil, que ficou preso preventivamente, por três anos, suspeito de

praticar um estupro, adquirindo o vírus HIV na prisão e sendo inocentado ao fim do processo (GONÇALVES, 2020).

Ao longo da sua existência, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão da OEA responsável pela apreciação das denúncias encaminhadas pela CIDH, julgou diversos casos de violação à liberdade humana, como os casos Chaparro Álvarez e Freddy Hernán Lapo Íñiguez vs. Equador, em 2007, e Bayarri vs. Argentina, em 2008, ambos abordando o impasse do uso arbitrário da prisão preventiva (COSTA, 2017). No segundo caso, a prisão preventiva do senhor Juan Carlos Bayarri teve a duração de treze anos, além de torturas e ausência de oportunidade de defesa, gerando, ao final do processo, uma sentença absolutória (COSTA, 2017). Assim, percebe-se não apenas um atentado a um direito fundamental da vítima, mas também contra a sua integridade física e psíquica, bem valioso e que, por alguns anos, foi maculado pela perda da liberdade de ir e vir e pela opressão da manifestação de sua verdade.

No que se refere à tutela da liberdade, pode-se afirmar que, embora tenha ocorrido vários avanços no seu desenvolvimento, faz-se salutar a necessidade da conexão de esforços entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, no intuito de modificar o raciocínio da política criminal brasileira, tornando-a mais preventiva (HOMERIN, 2017). Desse modo, mesmo que haja reajustes em outros fatores, também impeditivos do progresso desejado por órgãos internacionais, a conclusão não será satisfatória se não existir o interesse estatal em concretizar, de forma conjunta, outras medidas.

Portanto, a aplicação errônea da lei, motivada por uma forte tendência cultural de executar medidas repressivas, tem contribuído para a decretação exagerada de prisões preventivas no Brasil. Isso, além de dificultar a compreensão dos reais motivos para o ilícito penal, demonstra incompatibilidade com o modelo constitucional de processo, cujas causas serão estudadas a seguir.

3.3 Principais causas de incompatibilidade da utilização da prisão preventiva no Brasil com o modelo constitucional de processo

Como se observa, a banalização da prisão preventiva tem sido um quadro cada vez mais comum no Brasil, precarizando a liberdade do ser humano e, deste modo,

afastando a figura do processo como um direito fundamental de estar em juízo. Esse cenário, apesar de não ser novidade, ocasiona a desestabilização da Democracia, à medida que as condutas estatais deixam de se sujeitarem a um controle social, instrumento legitimador da vontade popular.

Esse sentimento de desprezo democrático surgiu com o avanço da sociedade em outras áreas, como no caso da comunicação, fato este que proporcionou a difusão de informações pelos meios tecnológicos em escala mundial. Todavia, apesar dos pontos positivos, a invasão midiática também trouxe pontos negativos, desconectando fatos da realidade em prol de interesses particulares.

Destaque-se, ainda, que a carência de estrutura para implementar medidas cautelares diversas da prisão tem contribuído para a ineficácia dessas providências no plano prático, retratando um verdadeiro retrocesso cultural. A questão é entender que de nada adianta lutar por aprovações legislativas se o sistema, mediante as características estruturais da sociedade, constrói-se para não funcionar.

Além desses fatores, deve-se mencionar, como uma razão do excessivo uso da prisão preventiva, a descrença nas políticas preventivas de delitos, problema que alcança o nível cultural da população e que, embora tenha evoluído, ainda necessita de medidas efetivas para a mudança do cenário brasileiro.

Destarte, o desrespeito à Constituição Federal e, com isso, aos direitos fundamentais, objeto central de um Estado Democrático de Direito, tende à não aplicação das garantias processuais e, portanto, ao não resguardo dos direitos do demandado processual, estando em desacordo com o modelo constitucional de processo.

3.3.1 A Preponderância de políticas repressivas

A ânsia dos cidadãos por uma resposta estatal diante de fatos delituosos ocorridos na sociedade demonstra que o Brasil se insere no grupo daqueles países que têm a cultura punitivista como política dominante (SILVEIRA, 2016). Por essa razão, nota-se que a decretação da prisão preventiva tem sido utilizada de forma errônea, buscando antecipar eventual condenação e, então, tratando o acusado como um verdadeiro inimigo.

O inimigo, na sociedade atual, não se incorpora à condição de pessoa, sendo uma “não pessoa”, um “não cidadão”, tendo em vista que, por se mostrar danoso em seus comportamentos, não é visto como merecedor de direitos e nem membro de um Estado de Direito (ZAFFARONI, 2016). Segundo essa ideia, separar os inimigos dos demais indivíduos, em uma comunidade, faz-se decisão indispensável para a vida em coletividade.

Esse fenômeno, apesar de precipitado, representa uma tendência presente desde os tempos primitivos. É o que Jordan Peterson, psicólogo e autor da obra “12 regras para a vida: um antídoto para o caos”, chama de seleção natural. Ao refletir sobre esse processo, Peterson faz referência às lagostas mais fortes e bonitas. Ele realiza uma analogia com o ser humano, afirmando que aqueles animais são a parcela que prevalecerá no meio ambiente, já que haverá a dominação sobre as lagostas mais fracas e esquisitas (PETERSON, 2018). Nessa ótica de dominância de um grupo sobre o outro, o escritor relata que:

A ordem que se insere no caos e na ordem do Ser é cada vez mais “natural” conforme perdura por mais tempo. Isso porque “natureza” é “aquilo que seleciona”, e quanto mais tempo uma característica tem existido, mais tempo teve para ser selecionada – e para moldar a vida. Não importa se a característica é física, biológica, social ou cultural. [...] Pelo contrário, é um aspecto quase eterno do ambiente e muito daquilo cuja culpa colocamos nessas manifestações efêmeras é uma consequência de sua existência imutável. [...] Estávamos lutando por posições antes mesmo de termos peles, mãos, pulmões ou ossos. Não há quase nada mais natural do que a cultura. (PETERSON, 2018, p. 15)

Desde Satã, passando pela ignorância à época da Revolução Industrial, e, posteriormente, pelo autoritarismo, terrorismo e, por fim, pelos vulneráveis, como os homossexuais, os pequenos ladrões e as prostitutas, os “inimigos” têm aumentado o seu número tanto no Brasil quanto no continente americano em geral (LEIDA; CASTRO, 2018). Neste país, como já citado, os processados ainda não condenados são maioria nas prisões, sendo o elevado índice de confinamento uma questão a ser analisada na política penal das nações americanas (ZAFFARONI, 2016).

No Direito Penal, admitir essa visão de inimigo significa dar sentido ao Direito Penal do autor, o qual defende a existência de um Estado Absoluto, em que o princípio da isonomia se encontra afastado do sentido dessa abordagem, diferentemente do que

acontece em um Estado de Direito (LEIDA; CASTRO, 2018). Aqui, a periculosidade da suspeita é a que se destaca no sistema penal cautelar, devendo ser, desse modo, lidada por todos, para que o poder punitivo estatal não seja exercido arbitrariamente (ZAFFARONI, 2016). Nessa lógica, o caráter punitivo radical do Estado retrata nada mais que o comportamento cultural edificado na sociedade ao longo dos anos. A partir desse cenário, deve-se desconstruir essa visão de inimigo consolidada há tempos no meio em que vivemos.

Apesar de ainda pouco difundida, a justiça restaurativa constitui-se como opção ao modelo tradicional, qual seja, a justiça retributiva, visando à resolução de alguns delitos de forma mais eficiente. A diferença básica entre essas duas espécies de solução de conflitos reside no foco de atuação de ambas, sendo a primeira de forma subjetiva e a segunda, objetiva. A justiça restaurativa visualiza o delito como uma violação ao ser humano e às suas relações, enquanto na justiça retributiva entende-se o dano de modo mais abstrato, pois este ocorre em face da legislação (LEIDA, 2018).

Essa recente maneira de tratar os conflitos criminais, mesmo regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na Resolução n. 225/2016, e pelo Conselho Econômico e Social da ONU, na Resolução 2002/2012, atualmente, não se mostra imune de questionamentos e ponderações acerca de limitações, sendo usufruída no Brasil predominantemente para as infrações de menor potencial ofensivo (SECCO; LIMA, 2018).

No ano passado, outra tentativa de efetivar o sistema processual penal brasileiro, bem como de moralizar o cenário de corrupção no país, correspondeu à previsão de Acordos de Não Persecução Penal (ANPP) para delitos patrimoniais contra a Administração Pública (BRASIL, 2019). Inspirado nos paradigmas americanos e anglo-saxão, o Poder Legislativo editou o “Pacote Anticrime” (Lei n. 13.964/19) e, com ele, abriu-se a possibilidade de celebrar acordo nos crimes com pena mínima inferior a quatro anos e no crime de lavagem de capitais (MENDES; SOUZA, 2020).

Considerado como uma nova versão da transação penal, instituto já existente no ordenamento jurídico desde 1995, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) condiciona-se a algumas situações como confissão, reparação integral do dano (em

regra), renúncia a bens e direitos obtidos como proveito do crime, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária (MENDES; SOUZA, 2020).

Em momentos anteriores recentes, a instituição de novos elementos no mesmo sentido também indicou um movimento a caminho do reconhecimento de novos mecanismos não litigiosos de resolução de conflitos penais. Em 2013, editou-se a lei de combate à corrupção (Lei n. 12.846/2013), permitindo a fixação de acordos de leniência, nos quais a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública pode firmar um acordo com as pessoas jurídicas infratoras, quando estas auxiliarem devidamente na fase investigativa ou processual, desde que aconteça o reconhecimento dos outros envolvidos no crime ou a verificação de dados e documentos comprobatórios do ilícito (BRASIL, 2013).

No mesmo ano, por meio da Lei n. 12.850/2013, denominada como Lei de Organização Criminosa, introduziu-se no sistema jurídico brasileiro o acordo de colaboração premiada, em que acusados ou investigados de crimes organizados e outros delitos econômicos escolhem auxiliar voluntariamente e de forma satisfatória com o trâmite investigatório ou processual (MENDES; SOUZA, 2020). Algumas vantagens, bem como requisitos advindos dessa cooperação, consistem na prevenção de futuras práticas ilícitas da mesma natureza e na devolução total ou parcial do produto dos delitos penais ocorridos (MENDES; SOUZA, 2020). As opções de políticas preventivas penais acima citadas recebem visibilidade após a descrença no método repressivo de fazer justiça, no qual o ato de custodiar pelo cometimento de atividade ilícita apresenta-se como a primeira solução.

Essas tentativas de evitar a operação de um processo penal, não apenas têm o condão de tornar o desenrolar da demanda menos oneroso e mais efetivo, mas também criar uma nova mentalidade social, na qual o esquema dialético e a pretensão pela reparação de danos da vítima sejam os fins a serem alcançados. Dessa forma, as políticas preventivas passam a ser introduzidas no espírito da população, reduzindo o uso da prisão preventiva como antecipação de pena e o sentimento de insegurança do povo.

3.3.2 A influência da mídia e o sentimento de impunidade

O exercício abusivo do poder punitivo estatal (quando age de forma arbitrária em um processo criminal) e a sensação de impunidade evocam duas forças de direções opostas e também acompanham dois diferentes reflexos, quais sejam, a violação de valores constitucionais e a satisfação social, respectivamente (SOUZA, 2020). Desse embate, percebe-se que a ideia vencedora, na realidade brasileira, tem prestigiado, de certa forma, a proteção da vítima. Portanto, ganha espaço o sentimento de insegurança por parte da população, motivo causador da imposição de medidas cada vez mais restritivas em face do suposto ofensor (SOUZA, 2020).

A causa dessa conclusão se revela multifatorial, tendo, todavia, como base primordial, alguns aspectos específicos, como a influência midiática nas divulgações dos problemas sociais, a exemplo da insegurança pública, e a ineficiência dos poderes políticos na resolução desses empecilhos (ALMEIDA, 2010). Os meios de comunicação, geralmente, utilizam-se da ferramenta da linguagem sensacionalista para gerar impacto na sociedade. A linguagem trata-se do modo como uma informação é encaminhada para o receptor, configurando-se como agente causador de pensamentos e ações sobre o assunto tratado (FISCHER, 1997). A linguagem midiática, a exemplo da publicitária, além de se nutrir de verdades variadas, corresponde a um discurso, a uma manifestação com sentido contextualizado, e a várias formações argumentativas interrelacionadas (FISCHER, 1997).

Nesse contexto, sabe-se que a mídia tem a finalidade principal de informar fatos sociais aos cidadãos fazendo com que eles, livremente, produzam a sua opinião sobre determinado assunto, bem como elaborem um senso crítico próprio. Embora o seu papel seja esse, a imprensa não tem se limitado a essa atividade, sendo, na verdade, o molde da opinião pública, ao criar ou deturpar juízos de valor, comportando-se como reais operadores do Direito. Na esfera criminal, os meios de comunicação tratam, muitas vezes, os acusados como condenados, antecipando um resultado fruto de um processo, sujeitando o suposto infrator a situações constrangedoras e ilegais (ALVES, 2011).

Essa prática visualizada na imprensa utiliza-se do mecanismo conhecido por heurística da disponibilidade, o qual se define pelo ato de julgar determinadas circunstâncias a partir da frequência e força com que elas aparecem em sua vida (MARMELSTEIN, 2021). Esse atalho natural do ser humano é manejado automaticamente, de forma desapercibida, e, embora nem sempre represente a realidade, mostra-se de grande valia, pois economiza energia humana, preservando a integridade dos indivíduos (MARMELSTEIN, 2021). Assim, mesmo ciente da possibilidade de vícios na concretização dessa experiência, as empresas midiáticas devem se atentar e buscar evitar o máximo de equívocos possíveis, trazendo a maior quantidade de verdades para a notícia publicada.

Na visão da professora Carla Luciane Blum Vestena (2008), os jornalistas consolidam as suas concepções a partir dos aspectos e do olhar que têm sobre as realidades em que se inserem. Para ela, “o princípio da seleção por meio da busca sensacional dos espetáculos permitiu destacar a TV, que dramatiza cenas e imagens de um acontecimento relevante, muitas vezes, de acontecimentos trágicos e de rebeliões.” (VESTENA, 2008, p. 15). Além da incidência da heurística da disponibilidade, pode-se afirmar que, no caso dessa atividade em debate, a lógica persecutória da venda se faz presente nesse contexto, intensificando a probabilidade de irrealidades parciais ou integrais.

Essa estratégia midiática, por aflorar as emoções dos cidadãos, acaba exigindo uma imediata atitude para o caso, situação que não encontra amparo no Princípio do Devido Processo Legal, que valoriza o cumprimento regular do processo, sem se preocupar apenas com o lapso temporal já decorrido (LACERDA, 2013). Desse modo, a mídia se revelaria como uma espécie de filtro, o qual as informações são redesenhadas e transmitidas para os ouvintes. Com as informações trazidas pelos meios de comunicação, ainda mais após o avanço tecnológico e a invasão das redes sociais, nas quais qualquer pessoa leiga se torna especialista em qualquer tema, a consciência coletiva vira a consciência de um indivíduo e vice-versa.

Nessa circunstância, alguns magistrados tentam reduzir o uso da prisão preventiva no sistema processual penal aplicando medidas cautelares diversas da prisão,

o que geralmente não obtém sucesso, dado que, por vezes, os veículos comunicativos transformam a verdade midiática em uma verdade real, ocasionando o que se conhece por *Trial by Media*³. Com isso, além da influência na atuação dos legisladores e do Executivo, atores, em tese, democraticamente escolhidos, a mídia ainda prejudica o Judiciário, não eleito pelo povo, quando, ao agir, atrapalha a concretização do propósito judicial, qual seja, a adequação cultural aos preceitos legais, gerando a ineficiência dos Poderes Públicos e atentando contra a democracia. Por se tratar de dois direitos fundamentais — a liberdade de expressão e a presunção de inocência —, teoricamente dotados da mesma força, deve-se detectar qual deles prevalecerá a depender do caso concreto (LACERDA, 2013).

Os direitos fundamentais, por integrarem um sistema axiológico, servem de base para todo o ordenamento jurídico, não agindo unicamente como meio de proteção da liberdade individual. Ademais, o reconhecimento desses direitos, especialmente, o da igualdade e o da liberdade, nas suas várias dimensões, tem como pressuposto a autodeterminação dos povos, atributo inerente à Democracia (SARLET, 2006b).

A mídia, embora, quase sempre, demonstre distorções factuais quando suas atitudes se mostram enviesadas, ocasião em que ultrapassa o seu encargo e viola princípios fundamentais, como a presunção de inocência, o devido processo legal e a honra, também reflete um relevante papel na sociedade, mostrando-se essencial para os ditames democráticos (SILVA, 2019). Logo, o grande desafio não reside em eliminar a presença desse veículo informativo das demandas criminais, mas ponderar a liberdade de imprensa para que não atinja a dignidade do ser humano e, por conseguinte, garanta os preceitos do Estado Democrático de Direito (SILVA, 2019).

Para que esse embate seja resolvido, várias abordagens acerca da Teoria do Direito aliadas aos direitos fundamentais podem ser escolhidas, sendo a mais coerente aquela que defende tais direitos como evidências dos princípios de moralidade política

³ Consiste em um julgamento prévio, realizado de forma sumária e paralela, pelos órgãos midiáticos e que só deve ser configurado (LACERDA, 2013).

da comunidade, funcionando como resposta aos *hard cases*⁴ e controlando a discricionariedade judicial (DWORKIN, 2010).

Nesse caso, a noção de integridade toma espaço na Filosofia Jurídica. O Direito, visto sob o prisma da integridade, traz um olhar coerente para a resolução de conflitos difíceis, visto que essas decisões se encontram baseadas em outras semelhantes e já reiteradamente decididas, resultando, a atividade jurisdicional, em um verdadeiro romance em cadeia (LAGES, 2001). Assim, o hermenêuta jurídico escreve uma narrativa a partir de outras. Ao respeitar a moralidade política de uma comunidade, traduzida aqui como o histórico de entendimentos jurisprudenciais oriundos de uma interpretação construtiva, a discricionariedade vê-se combatida gradualmente por um juiz Hércules (LAGES, 2001).

Desse modo, os desacordos teóricos, tidos como grandes vilões para Hart, consolidador do positivismo jurídico, passam a ser reconhecidos como integrantes da própria estrutura do Direito, comprovando a desnecessidade da utilização do viés discricionário no momento do julgamento de *hard cases* (PRAXEDES; LOPES FILHO, 2018). Portanto, o mérito decisório desse conflito dependerá das especificidades da demanda apresentada e, para melhor explicar essa temática, cabe mencionar três famosos casos concretos⁵: o desaparecimento de Joanna Yeates Clare, na Inglaterra, em 2010, o suposto assassinato de Caleey de 02 anos por sua mãe, em 2008, Casey Anthony e a morte de Isabela Nardoni, em 2008, em São Paulo (ARAÚJO, 2021; SANTOS, 2016).

⁴ Os *hards cases* são assim denominados por corresponderem a casos difíceis de serem analisados pelo magistrado, em busca de um caráter representante do sistema jurídico em vigor (IKAWA, 2004).

⁵ No primeiro caso, foi descoberto, por exames, que a morte de Joanna Yeates se deu por estrangulamento, bem como que o responsável foi Vicent Tabak, e não Christopher Jefferies, inicialmente preso. Vários jornais foram processados por terem prejudicado o devido julgamento, assim como por terem desvalidado a atuação da Polícia. Além disso, Jefferies ainda recebeu indenização de empresas jornalísticas pela falsa imagem de criminoso altamente periculoso criada por elas. No segundo caso, em razão de incoerências apreendidas com o depoimento da mãe de Caleey, a genitora foi acusada previamente de ser “assassina de bebês” pela imprensa e pela sociedade, entretanto, a decisão final a absolveu por falta de provas. Por fim, no caso Isabela Nardoni, em que o pai e a madrasta da criança foram condenados pelo homicídio, a mídia usou do sensacionalismo — a exemplo dos verbos na voz ativa em reportagens e dos títulos chamativos — para responsabilizar precariamente as duas pessoas, antes mesmo da sentença condenatória transitada em julgado (ARAÚJO, 2021; SANTOS, 2016).

O ponto de semelhança entre os casos acima está nos efeitos causados pelo excesso midiático em cada situação vivenciada, influenciando, em certa medida, o próprio julgamento final do processo. Observa-se que, na verdade, o que acontecia, antes da decisão judicial, era um prévio julgamento do suposto acusado pela imprensa e, em seguida, pelos cidadãos. Desta feita, o processado acaba sofrendo duas condenações, uma moral e precária e outra legal e definitiva (ARAÚJO, 2021).

Dessa maneira, o controle da divulgação abusiva deve ser realizado a fim de se evitar graves danos à integridade humana. Ademais, a limitação encontrada para essa conjuntura consiste basicamente nas garantias constitucionais, como a presunção de inocência, o mandado de segurança, o *habeas corpus*, entre outros meios, que devem ser respeitados em um Estado Democrático de direito, sob pena de responsabilização dos meios midiáticos (ARAÚJO, 2021).

Não compreendida essa possível solução para o referido conflito, restará fragilizado o aspecto democrático idealizado para a sociedade, bem como indicado no texto constitucional, haja vista a violação de direitos fundamentais individuais em detrimento de uma eventual proteção social desejada pelos cidadãos, traço que reflete uma aparente retomada de períodos opressores (SILVEIRA, 2016). Assim, conclui-se que, nesse caso, é incorporado à mídia um espírito de autoridade, cuja força impõe uma pretensão nem sempre compatível com os princípios constitucionais.

3.3.3 A carência de estrutura para a implementação das medidas cautelares diversas da prisão

Os três Poderes do Estado brasileiro — Executivo, Legislativo e Judiciário —, conforme a Constituição Federal prevê, devem exercer suas funções de forma autônoma, mas de modo interdependente, executando, cada um, uma tarefa específica e servindo para a efetivação dos direitos determinados na legislação (BRASIL, 1988).

Geralmente, para que ocorram mudanças no cenário jurídico de uma sociedade, o primeiro passo a ser seguido tende a ser a edição de normas cujo sentido é encontrado nas demandas populares, guardando como fundamento os preceitos

constitucionais. A próxima etapa tem os chefes de governo e os seus órgãos executores como protagonistas, uma vez que representam os sujeitos responsáveis pelo andamento das diligências aprovadas pelos parlamentares. Portanto, resta claro que, em uma sociedade, não importa um Legislativo atuante se o Poder Executivo não se destaca no seu ofício.

Embora desejável, o caminho a ser realizado para a plena concretização de medidas ou políticas públicas é mais extenso do que parece. Caso os legisladores cumpram o seu principal mister, mas não haja a execução adequada pelos executores do produto alcançado, necessário se faz o aparecimento da atividade judicial, cuja coerção funciona como força motriz para a configuração de um Estado Democrático de Direito. A exagerada criação de leis resultando em novos tipos penais acarreta nada mais que uma falsa sensação de conforto e segurança à sociedade, e tal expansão legislativa não deve ser compreendida como um sinal de sistema eficaz, dada a inobservância de aplicação desses preceitos (LOPES JÚNIOR, 2019).

É nesse instante que as normas penais se mostram apenas formalmente, dando ensejo a um caráter populista, tendo em vista a sua utilização como um instrumento meramente simbólico pelo Estado (EROUD; INCOTT JUNIOR; TAPOROSKY FILHO, 2017). A respeito dessa perspectiva, pode-se afirmar que “[...] a legislação penal vai funcionar como “panos quentes” para a tensão operada entre os direitos elencados na Constituição e a falta de medidas idôneas de concretização destes” (EROUD; INCOTT JUNIOR; TAPOROSKY FILHO, 2017, p. 166).

Logo, denota-se que somente se estará diante de um sistema democrático se os participantes dos três Poderes atuarem com boa-fé e não se desviarem de seus propósitos em prol de interesses próprios. Todavia, esse quadro ideal não corresponde ao contexto atual brasileiro, visto que, quando não se percebe atitudes arbitrárias e, por vezes, ilegais, nas atividades de legislar e executar, há a presença delas no próprio Poder Judiciário. Sobre a necessidade de impor limites dentro dessa relação entre três instituições diferentes, cabe mencionar as “capacidades institucionais”, isto é, instrumento argumentativo cujo propósito pautou-se em questionar as decisões dos magistrados, a partir da escolha de suas opções interpretativas ao adotarem um

pronunciamento decisório; criticou-se a postura e o direcionamento do Poder Judiciário em comparação aos outros dois Poderes (ARGUELHES; LEAL, 2011).

Assim, embora a interação entre os três Poderes se mostre essencial na concretização das medidas cautelares diversas da prisão, não se pode deixar de referenciar, portanto, a importância de acolher teorias e mecanismos limitadores da discricionariedade judicial diante da atuação conjunta do legislador, do executor e do julgador no cenário brasileiro. O discurso da “capacidade institucional” do Judiciário faz-se cada vez mais presente nas discussões judiciais, entretanto, deve ser tratado em consonância com a fonte geradora dessa premissa, como o argumento de Sunstein e Vermuele, sob pena de cair na banalidade. Ao ser utilizado sem violar as normas do desenho constitucional, o argumento alcançará, claramente, a sua finalidade, qual seja, ponderar posturas e entendimentos judiciais (ARGUELHES; LEAL, 2011).

Ademais, deve-se atentar que não se deve confundir decisões judiciais discricionárias com aquelas tidas por arbitrárias. É evidente que todo indivíduo está constantemente, durante sua trajetória, tomando decisões em várias esferas da sua vida, sejam elas pessoais e profissionais, sejam familiares. Com o magistrado, assim como todo ser pensante, a situação é semelhante, havendo, todavia, parcela maior de responsabilidade nessa ação, uma vez que o objeto da decisão é um terceiro. Esse ofício deve pautar-se em normas jurídicas, regras ou princípios, respeitando também os precedentes judiciais e os bons costumes.

Faz-se importante destacar que o Brasil adota o sistema processual penal misto, isto é, o modelo que abrange em seu procedimento dois sistemas simultaneamente: o acusatório e o inquisitorial (ambos já utilizados, de forma pura, em épocas anteriores na história). A principal diferença entre eles consiste na distinção das funções de acusação e de julgamento, o que ocasiona variações no poder estabelecido ao magistrado. Em virtude da insatisfação com a pureza desses modelos processuais, a França, no início do século XIX, e, posteriormente, o Brasil, passaram a acolher a junção dessas duas categorias, sendo, por muitos, apelada de “monstro de duas cabeças” (LEITE, 2020). Isso porque, no modelo misto, deveria o juiz se mostrar imparcial e a sua decisão seria livre de influências e provas produzidas na fase investigatória, a qual carece da presença de contraditório e ampla defesa, porém, não é o que se vê na atualidade

(LEITE, 2020). A arbitrariedade revela-se mais presente que a discricionariedade normal em todo magistrado.

A atuação judicial é pautada em vieses heurísticas e na dissonância cognitiva, o que permite, com frequência, a implementação de decisões distorcidas, oriundas de interpretações pessoais, as quais são influenciadas por fatores metaprocessuais alheios aos fatos, aos elementos probatórios e às normas jurídicas. Esses fatores são, por exemplo, as inclinações implícitas, a idade e as crenças do magistrado (ABREU; GOUVEIA; COLARES, 2018). De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2019, a duração média de uma tramitação, em primeiro grau, de um processo criminal na Justiça Estadual do Ceará foi de quatro anos e um mês (CNJ, 2020). O que acontece é que, na maioria das vezes, o preso provisório acaba, mesmo inexistindo os requisitos para tanto, permanecendo na prisão durante quase o tempo total da pena definitiva, configurando tal evento grave inconstitucionalidade (SAAD, 2013).

A cautelaridade intrínseca à prisão preventiva passa a realizar um papel retributivo e punitivo, típico da prisão-pena, desviando-se de sua natureza e cumprindo, na verdade, um dever não atingido de forma eficaz pelo poder punitivo estatal (SAAD, 2013). A respeito dessa conversão, Luigi Ferrajoli (2002, p.441) expõe a sua preocupação, ao aduzir que

A perversão mais grave do instituto, legitimada infelizmente por Carrara e antes de tudo por Pagano, foi a sua mutação de instrumento exclusivamente processual destinado à "estrita necessidade" instrutória para instrumento de prevenção e de defesa social, motivado pelas necessidades de impedir que o imputado cometa outros crimes.

Assim, deve-se frisar a real análise dos fatos, perfectibilizando uma percepção imparcial, não sendo correto entender de modo diverso, isto é, por suposições e preconceitos descontextualizados, bem como associar eventual redução do poder punitivo com a inobservância das sanções penais (ANDRADE, 2015b). Ao aplicar o monitoramento eletrônico ou a fiança, por exemplo, a autoridade competente estaria obedecendo os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência, os ditames internacionais de direitos humanos e, portanto, a dignidade da pessoa humana,

um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e não favorecendo o agente infrator com uma benesse irracional (BRASIL, 1988; TEIXEIRA, 2015).

Além do controle sobre o julgador, para que as medidas cautelares diversas da prisão tenham plena efetividade, é necessária a utilização de mecanismos fiscalizatórios. Um exemplo é a ação policial na verificação do cumprimento das medidas, bem como na formulação de mecanismos tecnológicos capazes de anunciar a violação referente à localização, prazo e funcionalidade das cautelares processuais penais (SOARES, 2015).

Ao longo dos anos, a população tem perdido a confiança nas instituições e nos instrumentos públicos, ocasionando, em certa medida, o retorno de práticas antigas, as quais os indivíduos agiam orientados apenas por sentimentos particulares e por interesses individuais (FANTUCI *et al.*, 2013). Não cabe, nesse ponto, a incidência de julgamento unicamente sobre o cidadão que realiza tal ato, visto que a vontade por proteção e sobrevivência humana carrega em si estratégias capazes de solucionar ameaças à segurança e à paz de cada um, bem como aos Poderes Estatais (FANTUCI *et al.*, 2013).

A Lei n. 12.403/11 trouxe inovações de caráter garantista, como as medidas cautelares diversas da prisão, todavia, estas não foram suficientes para prestigiar o direito à liberdade, o qual, não raramente, precisa do devido processo para encontrar-se tutelado (TEIXEIRA, 2015). Tal evidência detecta-se a partir de algumas medidas previstas no art. 319 do CPP, que não alcançaram êxito, sendo desprovidas de aplicabilidade, dada a dificuldade de controle estatal oriundo da carência de estrutura, recursos financeiros e aparato tecnológico adequado (MANZANO, 2012).

4 AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA A RESOLUÇÃO DO PROBLEMA CRÔNICO

Não é tarefa fácil selecionar, diante das várias causas geradoras do excesso de prisão preventiva no Brasil, aquelas que representam os motivos com maiores índices. Da mesma forma, também há dificuldade para encontrar as possíveis e mais eficazes soluções para o problema a ser enfrentado.

Para essa escolha, deve ser feita uma construção analítica, mediante a observação de sugestões mencionadas em documentos internacionais, podendo ser, ainda, um processo criativo, no qual a imaginação e a inventividade são elementos valorizados e incentivados. Além dessa orientação, o local e a cultura territorial também merecem atenção quando se está em um momento de decisão, no qual se tenta encontrar as melhores alternativas para o contexto específico. Dessa forma, não se trata de uma análise simplória do binômio causa e consequência, já que devem ser ponderados determinados aspectos como a quantidade da população, da criminalidade e o nível de recursos públicos direcionados para essa mudança.

Nesse diapasão, a proposta de releitura da duração razoável do processo a partir do tempo kairológico recebe importância, uma vez que, por meio de uma mudança de mentalidade dos julgadores sobre o decurso do tempo transcorrido no processo, a cultura punitivista, até então enraizada na sociedade e na comunidade jurídica, começa a perder força para uma consciência mais preventiva (COUTINHO, 2015).

Outra sugestão para solucionar o empecilho da decretação exagerada de prisão preventiva no Brasil pode ser identificada com a efetivação da justiça restaurativa. Nesse modelo de gestão de conflitos criminais, busca-se o encontro com valores pessoais, desprezando a imposição de sanção prevista no Código Penal ao eventual condenado, como medida principal oriunda do ato ilícito (CRUZ, 2013).

Todo acusado, segundo a Constituição Federal de 1988, goza do direito de defesa, em processo judicial ou administrativo, independentemente do ato ilegal que tiver cometido (BRASIL, 1988). Caso não respeitado esse direito fundamental, configurar-se-á grave violação constitucional, prejudicando também o acesso desse cidadão à justiça. Por esse ângulo, o fortalecimento da defesa pública expressa-se como legítima

possibilidade de contenção do encarceramento provisório em massa, já que, provavelmente, o sujeito alvo de um processo encontrar-se-á sedento de uma defesa plena e eficaz, desde o momento da apreensão policial (CIDH, 2017). Sabe-se que, atualmente, boa parte das pessoas que se encontram presas vivem em condições precárias de desenvolvimento, carecendo de recursos financeiros suficientes e, por isso, dependem da assistência da Defensoria Pública para serem devidamente tutelados.

Desse modo, mediante a realização de pesquisas a dados internacionais, com a posterior verificação da compatibilidade com o contexto brasileiro, destacam-se as seguintes soluções para o uso excessivo da prisão preventiva no Brasil: a releitura da duração razoável do processo a partir do tempo kairológico, a implementação eficiente dos programas de justiça restaurativa e o acesso adequado aos serviços de Defensoria Pública.

4.1 A releitura da duração razoável do processo a partir do tempo kairológico

Na sociedade moderna, em que a rapidez e a produtividade aparecem como requisitos de desenvolvimento e há exigências para uma boa gestão pessoal e profissional, o tempo figura como um elemento de valor considerável nas relações interpessoais, reconhecido, muitas vezes, como sinônimo de dinheiro. Essa percepção derivou-se, em grande parte, dos reflexos advindos da globalização, fenômeno esse alcançado em todo o mundo e que tornou a competitividade mais intensa entre os indivíduos.

Nesse sentido, analisa-se o tempo decorrido em diversas ocasiões, como em procedimentos negociais, nas relações familiares e no andamento de processos judiciais. É importante, por isso, que o estudo seja pautado na verificação do elemento temporal propriamente dito, e não em eventual solução para atenuar os prejuízos da demora processual (COUTINHO, 2015). Assim, antes de uma análise mais profunda sobre a premissa constitucional da duração razoável do processo, faz-se necessário distinguir duas noções a respeito do tempo: a cronológica e a de viés kairológico (COUTINHO, 2015).

O tempo cronológico refere-se a uma forma comum e simples de enxergar o tempo-calendário⁶, baseada na simples contagem do tempo em segundos, minutos, horas, dias e meses, apurando a celeridade ou a demora de algo pelo simplório exame de um calendário. Na verdade, sabe-se que essa percepção não é a mais adequada, tendo em vista a complexidade das relações sociais atuais, bem como a evolução científica do tempo. À vista dessa realidade, busca-se, no tempo kairológico, derivado de Giacomo Marramao, uma possível solução para esse questionamento, já que ele valoriza o aspecto qualitativo temporal, o que pode ser visto na perspectiva de tempestividade (COUTINHO, 2015).

O tempo, nesse caso, marca a relatividade dos momentos vividos e caracteriza-se por uma dimensão subjetiva, deixando a objetividade e a simplicidade da contagem via relógio reservada para sociedades primitivas e pouco facetadas (PESCE, 2014). A rotina das pessoas se manifesta em um ritmo bem mais acelerado se comparada à velocidade dos períodos remotos, fato esse que contribui para a prevalecer a adoção do tempo cronológico em relação ao tempo de Kairós. Conhecendo, de forma breve, esses critérios temporais, é o momento de se compreender o direito da razoável duração do processo, aprovado no ano de 2004 por meio da Emenda Constitucional n. 45 (BRASIL, 1988).

É imprescindível que uma demanda tenha uma tramitação adequada no seu procedimento; esta, por sua vez, não é entendida como equivalência de celeridade, porque não necessariamente um processo concluído rapidamente será efetivo e garantirá o respeito do conjunto principiológico previsto constitucionalmente (MARINONI, 2009). Essa confusão pode ter sido gerada a partir da leitura do próprio dispositivo legal, que é o inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF/88, o qual indica a celeridade como finalidade a ser perseguida na tramitação processual, não frisando a possibilidade de participação adequada das partes na demanda, que correspondem à compreensão coerente sobre

⁶ Expressão que aduz o vínculo do tempo com o modo como ele é medido, em outras palavras, o ritmo temporal selecionado pelo homem para orientar os atos de sua vida, podendo ser de várias formas, desde a contagem de segundos, minutos e horas, até a repetição de ciclos, como são os casos dos maias (a cada 260 anos) e dos seguidores do mitraísmo (a cada 12 mil anos).

esse princípio e são a base principal para um resultado decisório democrático (MARINONI, 2009).

Assim, nota-se que se mostra intuitiva a conduta do operador do Direito de atribuir e, muitas vezes, até confundir, a ideia de duração razoável do processo com a de celeridade processual, fato que não merece aprovação. A celeridade deve ser compreendida como a duração mínima, como um parâmetro básico para nortear o andamento processual, diferentemente do que se busca compreender sobre a razoabilidade do tempo de uma demanda. Neste caso, o ideal é partir de uma análise particularizada de cada caso concreto, favorecendo o cerne do modelo constitucional de processo (COUTINHO, 2015).

Para um melhor esclarecimento dessa comparação, percebe-se que seria como se, na reestruturação da comunicação entre os envolvidos, em vez de se prestigiar e centralizar as atenções ao instituto da mediação, meio equivalente de resolução de conflitos que tem o objetivo de resgatar o diálogo fragilizado entre os interessados, , focasse em uma finalidade secundária, qual seja, a obtenção de um acordo (ALMEIDA; PANTOJA, 2021).

Quando uma medida cautelar em vigor ultrapassa o lapso temporal estabelecido para o seu exercício, desde que esse tempo se vista com um perfil kairológico, flexível, a depender da dificuldade do caso, poderá ocorrer a violação à duração razoável do processo, se a demora de determinado ato for tamanha a ponto de se tornar inefetiva a providência provisória (MARINONI, 2009). Podem existir casos em que a medida cautelar não dispõe de prazo legal máximo de duração, situação essa que demanda uma maior atenção, por não apresentar um limite temporal preciso, o que se vê na constrição preventiva penal (BONATO, 2008). Esse ponto já foi alvo de discussão há alguns anos, sendo, ao final, acolhido o entendimento de que a duração da prisão preventiva deveria seguir um lapso temporal suficiente até cessar as causas que determinaram o seu estabelecimento (BONATO, 2008).

Ocorre que fazer o acusado esperar, sem nenhuma previsão, o desfecho processual não se coadunaria com o sentido da presunção de inocência, motivo pelo qual surgiu, em seguida, entre os doutrinadores e a jurisprudência pátria, a convicção de que

a privação provisória da liberdade do suspeito de um delito só poderia perdurar até o prazo limite para o encerramento do processo, previsto no Ordenamento Adjetivo Penal. Não obstante esse pensamento, a Legislação não prevê a integralidade desse prazo, o que, portanto, ensejou a ideia de somar os prazos de todos os atos presentes em um procedimento ordinário, estipulando, assim, 81 (oitenta e um) dias para a conclusão de um processo penal. Essa dilação temporal, embora exata, tornou-se impraticável, pois, além de haver um tempo morto nas tramitações processuais e demasiada quantidade de feitos em juízo para serem conduzidos, a natureza dos prazos judiciais caracteriza-se por ser imprópria, o que quer dizer, flexível, prorrogando o fim do processo (BONATO, 2008).

O que se avista é a realidade factual se adequando aos intérpretes jurídicos, e não o inverso, movimento este aparentemente prejudicial à dignidade do acusado. Contudo, ao pensar desse modo, o jurista estaria indo de encontro à Teoria do Não Prazo, adotada pela Brasil (BONATO, 2008). Essa tese, utilizada inicialmente pela Corte Europeia de Direitos Humanos, em 1968, no caso *Neumeister vs. Áustria*, versa que o tempo adequado de cada processo carece de verificação somente nos casos concretos (BARROS; OLIVEIRA, 2014).

No mesmo sentido dessa visão, em se tratando de processo penal, estipular um prazo fixo para a finalização de uma medida cautelar ou para tramitação processual de primeira instância afrontaria a “Teoria dos Sete Critérios”, elaborada em 1968 e baseada no caso alemão *Wekhoff*. O referido conflito surgiu de uma tentativa de elucidação sobre a expressão “prazo razoável” em relação à prisão cautelar e ao processo penal como um todo, originando-se de uma lide penal alemã cujo acusado, *Wekhoff*, foi custodiado, preventivamente, por três anos e cinco meses até a decretação da sentença (BONATO, 2008).

A adesão, nesse caso, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos ganhou notoriedade uma vez que sete critérios foram pontuados para servirem como elementos instrutórios na fixação do tempo adequado (MARDEN, 2015). Gilson Bonato (2008, p. 2006), ao estudá-los, em sua tese de doutorado, assinala-os:

a) a duração da prisão em si mesma; b) a duração da prisão cautelar em relação à natureza do delito, à pena fixada e à provável pena a ser fixada em caso de condenação; c) os efeitos pessoais sobre o imputado, tanto de ordem material, como moral e outros; d) a conduta do imputado enquanto haja podido influir na demora do processo; e) as dificuldades para a investigação do caso (complexidade dos fatos, quantidade de testemunhas e acusados, dificuldades probatórias, etc...) f) a maneira como a investigação foi conduzida; g) a conduta das autoridades judiciais.

O que se precisa aduzir é que, mesmo após a indicação desses critérios e a sua utilização em casos semelhantes, o próprio Tribunal Europeu não considerou, por completo, a referida Teoria, deixando não só de unificá-la, como também decidindo, por vezes, de forma divergente (COUTINHO, 2015). O principal motivo para isso acontecer foi a ausência de objetividade na definição de “prazo razoável”, apenas sendo expostos os entraves e o subjetivismo na análise do termo (BONATO, 2008). Apesar desse resultado, a Corte ainda aproveitou a inspiração dos sete critérios e formulou outros preceitos mais claros e enxutos — complexidade do caso; comportamento dos acusados e conduta das autoridades responsáveis —, configurando a Teoria dos Três Critérios (BONATO, 2008).

No ano de 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos confirmou mais uma vez a Teoria do Não Prazo, passando a atribuir a ela um novo prisma e trazendo para a normalidade possíveis danos resultantes da morosidade processual. O *leading case* em destaque foi o *Furlan y Familiares vs. Argentina*, em 2012. Nesse contexto, quatro critérios foram reputados expressivos na tramitação da demanda: a) a dificuldade do caso; b) as atitudes das partes; c) o comportamento das autoridades envolvidas; e d) os efeitos oriundos da demora (COUTINHO, 2015).

O Brasil, apesar de ter adotado a Teoria do Não Prazo, ao prever a garantia de um tempo processual razoável, conforme o art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, não tem conseguido proporcionar a sua realização de forma genuína (BARROS; OLIVEIRA, 2014). Tem sido frequente, no Brasil, o manejo equivocado dessa teoria, isto é, existe uma visão distorcida do seu raciocínio pelos magistrados em geral e, até mesmo, pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF), pois, em vez de se evitar a definição de um prazo abstrato máximo para qualquer processo, pretendendo a responsabilização estatal nos casos concretos em que a demora é prejudicial a, pelos

menos, um dos envolvidos, o que tem acontecido, nesse caso, na verdade, é o afastamento da atribuição do Estado (COUTINHO, 2015).

Com isso, o limite desse período passa a ser medido a partir da aplicação da premissa da razoabilidade, a qual visa a ponderação das condutas estatais, evitando arbitrariedades, mediante o controle do Poder Judiciário (SANTIAGO; DUARTE, 2010). E como definir o que é razoável? Segundo Katharine Santos Vieira (2006, p. 195):

Razoável, de uma forma geral, significa prudência, ponderação, sapiência, tolerância, moderação. É razoável aquilo que está conforme a razão, dando uma idéia de equilíbrio, tudo aquilo que não ultrapasse os limites do homem médio, sendo aceito em regra pela sociedade, estando de acordo com os valores e costumes de cada povo, que não seja arbitrário ou caprichoso.

Não se pode confundir essa premissa com o princípio da proporcionalidade, pois, apesar de serem semelhantes, não são idênticos. A primeira corresponde a uma conformidade entre os meios empregados e os fins almejados para determinado ato e o segundo refere-se à forma de solucionar conflitos entre princípios, por meio da ponderação, podendo ser um deles, inclusive, o princípio da razoabilidade (ROBERTO; SILVA, 2012). Em um Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar, todavia, que referido preceito exige harmonia com os demais princípios constitucionais, não devendo ocorrer a sobreposição dele sobre todos os demais direitos fundamentais (SANTIAGO; DUARTE, 2010).

Nessa toada, recomenda-se que a premissa da duração razoável do processo seja traçada conforme a razoabilidade, valor também previsto na Constituição Federal. É necessário, dessa forma, que o adequado tempo útil de um processo seja a soma dos prazos menores inerentes à demanda judicial com o cumprimento dos respectivos direitos e garantias fundamentais do acusado específico (BONATO, 2008).

A própria acepção da palavra processo traz uma consciência de movimento, de desenvolvimento, que é traduzida em dois aspectos: o tempo no processo (elemento externo) e o tempo do processo (elemento integrante). Este último pode ter duas vertentes, a cronológica, quando se percebe o processo como uma cadeia de atos a serem observados até a sentença, e a kairológica, quando é considerado o ambiente

processual por inteiro, que vai além dos prazos exatos, abrangendo o contraditório das partes e a argumentação vital para a resolução do conflito. Ao se falar em tempo no processo, isto é, verificar se a duração processual se encontra razoável, faz-se necessária a averiguação do tempo do processo, seja qual for a vertente (BARROS; OLIVEIRA, 2014).

Assim, não parece ser tarefa fácil definir o que se entende por tempo processual devido, uma vez que, além da complexidade na sua apuração, esta deve verificar-se caso a caso, de forma individualizada, a depender da realidade (COUTINHO, 2015). Depreende-se, à vista disso, que, em suma, para alcançar esse tão almejado equilíbrio, duas exigências precisam ser prescritas: o princípio do devido processo legal, com a duração razoável do processo o integrando, e os direitos e garantias fundamentais (COUTINHO, 2015).

Dessa maneira, percebe-se a necessidade de uma mudança de mentalidade dos cidadãos a respeito da aceção de tempo, especialmente quando se trata de parlamentares, juristas e executores, dado que tais autoridades apresentam funções orientadoras de certo padrão social. O paradigma selecionado surge com vigor, pois, além de advir de Poderes Políticos, sendo, portanto, legítimo, estabelece conceitos, prazos e consequências que devem ser obedecidos para uma devida organização social.

Ao legislador, não basta inventar e formalizar um princípio; deve encaixar limites à sua descrição, com o intuito de restringir o seu sentido, bem como moldar a análise interpretativa do operador do Direito (LOPES JÚNIOR, 2004). Essa atividade não teria o condão de oprimir a liberdade de expressão do indivíduo, mas apenas direcionar o rumo da prescrição normativa a ser seguida pelos cidadãos (LOPES JÚNIOR, 2004). Além disso, para que a valoração realizada pela atividade legislativa efetivamente prospere, não bastam mecanismos extrínsecos à norma, precisa-se utilizar as estratégias disponibilizadas pela neurociência e pela Psicologia Comportamental, justamente para lidar com a racionalidade humana presente na maioria das decisões (COUTINHO; WYKROTA, 2018).

O interessante é que parte considerável da população brasileira não percebe a importância do manejo desses mecanismos no desdobramento da execução das

políticas públicas previstas legalmente, tratando-se de algo, ao mesmo tempo, subliminar e programado. A cascata de disponibilidade (*availability cascade*), por exemplo, técnica de Cass Sunstein e Timur Huron, em 1999, sustenta que uma ideia está vinculada, geralmente, à constância da sua aparição. Assim, quanto maior for a exposição de certo tema, maior também será a sua possibilidade de ser lembrado e, então, executado (COUTINHO; WYKROTA, 2018). O lema é que o reconhecimento da política pública pode ser elevado ou reduzido, a depender da visibilidade construída pelos interessados.

Quem deseja inteirar-se das dificuldades dos legisladores, deve identificar que o trajeto normal da ponderação moral racional, inerente à criação legislativa, figura-se invertido; ao invés de o valor a ser atribuído à conduta analisada basear-se em fundamentos e alegações lógicas, são as compreensões particulares que solidificam a moralidade legiferante, simbolizando uma simples confirmação intuitiva concedida pela mente de cada um. É o que se verifica, por exemplo, quando os partidos políticos são notados, externamente, por determinadas pautas, sendo que, na verdade, o que realmente os determinam são as suas respectivas posturas íntimas. Ademais, além de ter que valorar uma conduta e, em seguida, esta ser objeto de aceitação social, o parlamentar ainda passa por outro desafio, qual seja, o de incentivar os destinatários das normas a cumpri-las de forma satisfatória (COUTINHO; WYKROTA, 2018).

Para esse intento —que, a princípio, pode parecer descomplicado, mas não é—, um instrumento efetivo a ser aplicado é o denominado paternalismo libertário, produto de Cass Sunstein e Richard Thaler, que considerou não somente os vieses humanos, mas também a valorização da diversidade social (COUTINHO; WYKROTA, 2018). Nesse caso, a abordagem dos *nudges* e de um *design* de escolha representa o núcleo dessa técnica, visto que é por meio deles que as escolhas públicas precisam ser conduzidas para atingirem um resultado desejado (COUTINHO; WYKROTA, 2018).

Como exemplo, cita-se uma situação na qual o Estado planeja elevar a quantidade de profissionais de saúde (médicos, enfermeiros, fisioterapeutas, por exemplo) disponíveis para auxiliar enfermos em tempos de crise. A proposta refletida por muitos certamente seria transformar obrigatória a disponibilidade desses trabalhadores, o que violaria o direito à liberdade disposto constitucionalmente. Atente-se, entretanto,

que independentemente da determinação estatal pela obrigatoriedade desse comportamento, se o Poder Público conferisse ao cidadão a opção de mudança, a escolha posterior seria bem mais difícil de acontecer, pois demandaria um maior custo energético (psicológico) do indivíduo.⁷ Evidencia-se, portanto, que o pluralismo consiste em peça importante no jogo da valoração dos comportamentos, não sendo desmedido afirmar que, possivelmente, uma norma atingirá a sua eficácia de forma voluntária, quando os seus destinatários, além contribuírem com a sua produção, perceberem tal movimento (COUTINHO; WYKROTA, 2018).

O ideal é que, ao se certificarem dessas e de outras técnicas da neurociência⁸, os formadores de leis as utilizem, de modo útil e inteligente, com a finalidade de atingir os seus destinatários e, conseqüentemente, transformarem a consciência dos cidadãos acerca da aplicação legislativa, aumentando a eficácia das normas. No entanto, caso esse processo renovador não seja empreendido ou, ainda que implementado, não venha a ser apreendido pela sociedade, a próxima etapa do fenômeno jurídico — a eventual responsabilização do sujeito, caso este não observe devidamente a norma jurídica — precisa se desenrolar (COUTINHO; WYKROTA, 2018).

Ao adentrar no Judiciário, o terreno começa a parecer mais delicado para aqueles que pretendem se imiscuir das construções legislativas. Essa afirmação não é desprovida de fundamento, dado que, embora o julgador, intérprete da norma jurídica, detenha natureza de ser humano, abarcando características físicas e psíquicas específicas e, por isso, tenha que lidar, também, com elementos explorados pela neurociência, referida autoridade estatal goza de um poder coercitivo cujo propósito resume-se em fazer cumprir o disposto nos ordenamentos legais.

Ao julgar, o magistrado não se desnuda da posição de ser humano, comprovando, com isso, a ausência de neutralidade, o que não se confunde com a ideia de imparcialidade. Essa característica é condição *sine qua non* para um julgador exercer o seu ofício de forma justa e equilibrada, visto que ele deve estar em uma emblemática

⁷ O exemplo acima elaborado tem como base o mesmo raciocínio adotado no conhecido exemplo em que o Estado pretende elevar a doação de órgãos (COUTINHO; WYKROTA, 2018).

⁸ Consiste em um ramo científico que trata basicamente das razões pelas quais os indivíduos agem do jeito que agem, bem como da noção de todo ser humano detém duas dimensões em sua integridade, a consciência e a inconsciência (EAGLEMAN, 2011).

posição equidistante dos interessados, assegurando a adequação processual como uma tarefa estatal, bem como a sintonia com os princípios constitucionais do processo. Pode-se dizer que um juiz neutro, na verdade, só existiria em sua parcialidade, pois a total abstração do homem de seus juízos de valor seria algo inimaginável, somente visto nas máquinas (ABREU; GOUVEIA; COLARES, 2018).

Mesmo sendo neutro, o sujeito detentor do poder jurisdicional não trabalha de forma mecânica, já que pode trazer para dentro de uma decisão, sem reparar, as próprias experiências vividas, os repertórios de conhecimento adquiridos, os traumas, as alegrias e tristezas vivenciados ao longo dos anos. Dessa maneira, apesar de evidente a presença de fatores comumente processuais (fatos, provas e normas), no ato judicial de deliberar, fatores conhecidos como metaprocessuais também devem ser levados em consideração. Estes são traduzidos como elementos alheios aos efetivos interesses das partes, a exemplo da idade, da opção religiosa ou sexual e do preconceito humano (ABREU; GOUVEIA; COLARES, 2018).

Até o momento, é quase impossível tomar uma decisão livre dessas influências, propondo, portanto, a máxima eliminação possível desses ruídos, no intuito de, acessando a interdisciplinaridade (psicologia comportamental, neurociência, sociologia etc), introduzir uma nova disciplina nos cursos jurídicos (Neurodireito), assim como revisar reflexamente o Sistema Jurídico atual (ABREU; GOUVEIA; COLARES, 2018).

Para que o julgador consiga adotar o tempo kairológico, nos feitos que deliberará, a fim de concretizar processos constitucionais democráticos, necessário se faz o desvio de vieses. Nesse caso, a razoabilidade da duração de um processo deveria se vincular expressamente à ideia de rapidez garantista, desfazendo-se do viés utilitarista da celeridade, pois, desse modo, poderiam ser esclarecidas algumas lacunas existentes no referido direito fundamental.

4.2 A implementação eficiente dos programas de justiça restaurativa

O ser humano não é uma figura social simplória. O homem, diante da sua complexidade estrutural —construída a partir da sua herança genética, bem como das experiências vividas —, abrange variados aspectos na sua inteireza, sendo pontos positivos ou negativos, o que acarreta uma genuína necessidade de aprofundamento dos comportamentos pessoais.

Para o reconhecimento dessa exigência, pensa-se na seguinte situação: dois alunos, uma menina e um menino, de uma escola particular, iniciam um “bate boca”, vindo aquela a agredir fisicamente o garoto, que sofreu um corte na cabeça após ter sido jogado contra um armário. Esse fato decorreu da atitude ofensiva do menino que chamou a aluna de “choquito” por conta das suas características físicas, quais sejam, espinhas e marcas na pele do rosto. Diante dessa conjuntura, todo um cenário é formado: alunos temerosos e divididos entre os interesses de ambos os envolvidos, outros entusiasmados e estimulando a briga e outros profissionais da escola tentam separar os adolescentes e professores (PENIDO, 2021)

Sabe-se que, embora a existência de um conflito transpareça, no primeiro momento, algo danoso para os contendores, representando uma imagem inadequada das relações interpessoais em sociedade, essa percepção ainda representa uma noção precária do conceito de ideal democrático (ACHUTTI; LEAL, 2017). A presença de divergências sobre determinado assunto ocasiona o surgimento de novas relações e, por vezes, a superação de antigos paradigmas quando novas discussões e reflexões são trazidas à tona para determinado ambiente (ACHUTTI; LEAL, 2017). Nesse sentido, o que se deve ter em mente é que a transformação deve partir da forma como se pretende que seja compreendido e administrado o conflito, e não da existência dele em si, sob pena de se incorrer novamente nos mesmos confrontos.

Se você concorda com esse entendimento, deve aprovar também a presença de dois caminhos para solucionar o embate ocorrido entre dois alunos em uma escola: um deles seria uma conduta retributiva, baseada na aplicação de uma punição, e o outro, uma conduta reparadora, na qual o enfrentamento de questões subjetivas, delicadas e

profundas aparece como elemento característico dessa opção (PENIDO, 2021). Essa conclusão não deve ser difícil de ser formada, todavia, os motivos ensejadores desse resultado passam por trajetos obscuros e que geralmente não se mostram claros.

Já não é uma tarefa tranquila olhar para as suas próprias fragilidades e dificuldades físicas e emocionais, ainda mais se isso for feito com pessoas desconhecidas e que precisam de atenção especial para destravarem as suas dores e traumas vividos. Tal fato requer comprometimento, esforço e outras habilidades específicas que são traduzidas em técnicas e atos direcionados à compreensão dos comportamentos pessoais e à responsabilização coletiva (PENIDO, 2021). Delegar para o Estado, por meio da intimidação e da imposição de sanção, a atribuição da resolução de um ato ilícito pode não ser, dependendo do caso, a melhor medida a ser tomada.

Nesse contexto, a Justiça Restaurativa consiste em um modelo de resolução de conflitos derivado de um ato infracional em que a principal finalidade está em restaurar as relações sociais, retomando o equilíbrio rompido por um dano ocorrido (ROLIM, 2006). Dar a palavra à vítima e reconhecê-la como sendo não somente uma ou algumas pessoas, mas também toda a sociedade, representa alguns dos pressupostos inerentes a essa visão de Justiça (ROLIM, 2006). Renato Sócrates Gomes Pinto (2005, p. 20), ao definir essa ideia, o faz da seguinte forma:

[...] procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime.

Para Howard Zehr (2008), professor e pioneiro na temática de gestão de conflitos, a Justiça Restaurativa é compreendida claramente quando se faz uma comparação entre os tipos de lentes utilizadas para a captar uma fotografia. Nesse panorama, Zehr (2008, p. 168) conclui que:

[...] a escolha da lente afeta aquilo que aparece no enquadramento da foto. Determina também o relacionamento e proporção relativa dos elementos escolhidos. Da mesma forma, a lente que usamos ao examinar o crime e a justiça afeta aquilo que escolhemos como variáveis relevantes, nossa avaliação de sua importância relativa e nosso entendimento do que seja um resultado adequado.

Assim, pode-se afirmar que o Direito Penal simplista, vestido com lentes retributivas e atrelado unicamente à necessidade de sanção, mostra-se incapaz de abarcar, assimilar e resolver todas as demandas e dores do ofensor e da vítima. Uma crise, portanto, é inaugurada quando somente o Estado (as normas jurídicas) é entendido como vítima de toda infração, dispensando a inclusão de análises subjetivas do próprio ofensor que praticou diretamente o ato e da comunidade como um todo. Assim sendo, a reflexão necessária para essa ocasião pode ser apoiada no argumento de que, por mais transformadoras que as evoluções legislativas tenham sido nos últimos anos, o Sistema de Justiça não deve se pautar apenas em penas alternativas quando houver violação a certo valor constitucional, mas notoriamente deve buscar alternativas para a reformulação do problema enfrentado e da respectiva resposta (ZEHR, 2008).

De acordo com dados recentes do ano de 2019, o Brasil, nos últimos anos, tem se tornado um dos países mais violentos do planeta, sendo classificado como a terceira nação com a maior população carcerária do mundo. Isso é uma constatação. Dessa forma, indaga-se: o crime está sendo reprimido de maneira eficaz? E mais, o processo penal está cumprindo a sua verdadeira função? Infelizmente, a resposta não tem sido positiva (CARVALHO, 2020).

O que se vê é um aumento espantoso, a cada ano, nos números da delinquência no Brasil, inferindo-se, desse contexto, que a missão preventiva das penalidades fixadas aos criminosos não vem sendo efetivada. Desse modo, o Sistema Penal brasileiro tradicional, de espírito nitidamente retributivo, tem se mostrado falho e ineficaz naquilo que se comprometeu a realizar, permitindo, em razão disso, certa margem de abertura para a inclusão do comportamento restaurativo. A crise nesse Sistema parece implantada e a Justiça Restaurativa, por retratar o real objetivo do processo penal, isto é, o amparo da vítima, vem ganhando mais peso (CARVALHO, 2020).

Apesar de ambas — Justiças Retributivas e Restaurativas — constituírem modos de encararem as inobservâncias de normas legais essenciais à vida em sociedade, tais mecanismos não deixam de apresentar diferenças quando os seus discursos detêm diferentes caracteres: coercitivo e prescritivo, no primeiro caso, e

normativo e retórico, no segundo caso (SALM; LEAL, 2012). Na maioria das vezes, para resolver adversidades entre indivíduos, o amparo estatal costuma ser a via mais explorada, tanto pelo maior conhecimento dos interessados como por demandar menor esforço cognitivo para o envolvido no desdobramento do ato. Por conta disso, o grande desafio atual tem sido evitar a negação desse trabalho intelectual e o desestímulo de uma juridicidade alternativa, a qual considera e aceita a variedade das facetas humanas e a crença na transformação coletiva (SALM, LEAL, 2012).

Ao optar pelo roteiro da restauração, o interessado deve se certificar se o espaço em que o litígio está inserido encontra-se preparado para essa dinâmica, dispondo de um projeto de Justiça Restaurativa alinhado com os propósitos almejados (PENIDO, 2021). Caso assim disponha, o local pode oferecer vários processos ou modos de aplicação que podem ser empregados na Justiça em destaque, a depender da metodologia adotada: a mediação vítima-ofensor; a conferência; as câmaras restaurativas; os círculos de pacificação; os círculos decisórios e a restituição (PINTO, 2005).

O início do movimento das práticas restaurativas aconteceu no Canadá e na Nova Zelândia, na transição das décadas de 70 e 80, e originou-se de costumes remotos dos povos primitivos, nos quais a construção do diálogo e a formação do consenso se configuravam condutas comuns na comunidade. Como nação pioneira na positivação desse paradigma de justiça, a Nova Zelândia editou a primeira norma que regulamentaria a implementação e a organização do mecanismo restaurativo, denominada *Children, Young Persons and Their Families Act*, alcançando sucesso com os conflitos juvenis naquela época e tornando-se, em 2002, uma prática facultativa na Justiça Criminal do país. A difusão do modelo em outros países, como Argentina, Colômbia, Estados Unidos e Austrália relativizou, de certa forma, a Justiça Penal tradicional, culminando na obra de Howard Zehr, considerada hoje a principal literatura sobre Justiça Restaurativa, intitulada *Trocando as lentes: um novo foco sobre crime e justiça* (ORSINI; LARA, 2013).

No século XXI, mais precisamente em 2012, por meio da Resolução n. 2.002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU, foram estabelecidos os preceitos fundamentais e as orientações a serem seguidas na concretização dos Programas de

Justiça Restaurativa no âmbito criminal, os quais, a partir dessa ocasião, passaram a ser acolhidos por outros países, dentre eles, o Brasil (ORSINI; LARA, 2013). Aqui, a noção reparadora dos delitos apareceu na Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais), que trouxe os institutos da suspensão condicional do processo e da transação penal, medidas penais reconhecidas como despenalizadoras, bem como a figura da remissão nos delitos praticados por adolescentes, indicado no Estatuto da Criança e do Adolescente (PINTO, 2005).

Nesse cenário, salienta-se que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, inciso I, prevê a viabilidade da realização de um acordo, por intermédio de um facilitador, nas infrações penais de menor potencial ofensivo (contravenções penais e crimes cuja pena máxima não supere 2 anos, cumulada ou não com multa), oportunizando a abertura da pretensão restaurativa nas normas penais brasileiras (BRASIL, 1995; PINTO, 2005). Percebe-se, com isso, que apesar da ausência de uma legislação específica acerca da Justiça Restaurativa pátria, todas essas regras legais apresentadas acima conduzem ao entendimento de que referida prática é admitida no Brasil (PINTO, 2005). À vista disso, pode-se exemplificar os delitos em face dos idosos, nos quais o procedimento restaurativo pode ser adotado, conforme o art. 94 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), que indica a Lei n. 9.099/95, caso a respectiva infração não alcance pena privativa de liberdade de até 4 (quatro) anos (PINTO, 2005).

Aqui, a sua efetiva implantação ocorreu no ano de 2005, com o surgimento de alguns projetos-pilotos regionais, os quais foram, posteriormente, por meio do Fórum Social Mundial, executados nas cidades de São Caetano do Sul-SP, Brasília -DF e Porto Alegre-RS. Esses projetos apresentaram peculiaridades específicas, seja em relação ao espaço onde seriam desenvolvidos, seja concernente à espécie de delito ou à prática restaurativa adotada. Em 2006, a Comissão de Legislação Participativa apresentou à Câmara dos Deputados um Projeto de Lei que facultou o emprego da Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal diante da constatação de crimes ou contravenções penais (JOÃO; ARRUDA, 2018).

Embora inovadora, essa iniciativa, que pretende incluir novos dispositivos ao Código Penal, Código de Processo Penal e a Lei dos Juizados Especiais, recebeu

algumas críticas em seu texto, motivo pelo qual encontra-se atualmente em trâmite, estando apensado a outro Projeto de Lei, o PL-8045/2010 (JOÃO; ARRUDA, 2018). Alguns assuntos discutidos entre os parlamentares trataram das infrações que estariam sujeitas a este normativo e da faculdade do Ministério Público em ingressar com a ação penal, quando em curso o procedimento restaurativo, incompatível com os preceitos dessa Justiça (JOÃO; ARRUDA, 2018).

De mais a mais, em que medida o instituto da Justiça Restaurativa contribuiria no controle da decretação de prisão preventiva no Brasil, preservando simultaneamente a concepção processual mais adequada em um Estado Democrático de Direito? Essa indagação conduz o interessado a um caminho solucionador mais civilizado do conflito penal, no qual a figura do acusado é tratada de forma mais acolhedora e os seus direitos fundamentais protegidos. Essa providência, além de se coadunar com as pretensões finais do modelo constitucional democrático de processo, muitas vezes, encaixa-se ainda melhor, pode-se dizer assim, na configuração de uma cultura menos repressiva e funcionando como alternativa menos violenta para a resolução litígios.

Verifica-se que, nesse caso, a criação de novas celas em presídios já existentes ou o surgimento de novas unidades prisionais costuma ser a principal política pública adotada ultimamente no Brasil, medida essa que, quanto ao controle do encarceramento em massa, tem se revelado não resolutiva e distante da ressocialização dos criminosos. A dinâmica da busca de uma solução para um problema raramente passa pelas razões originárias do evento analisado, não se enfrentando, por isso, as suas causas determinantes, e sim, apenas tentando solucionar a problemática a partir das consequências geradas. Assim, o foco dos trabalhos não se baseia nos motivos que levaram o infrator a cometer um delito; o que ocorre, geralmente, é um desvio, com providências de natureza não preventiva, como é o caso da criação de novas unidades carcerárias.

Para que, um dia, não tão longe, a Justiça Restaurativa seja uma real e efetiva opção para os acusados, é essencial que haja uma reflexão profunda do assunto, com o aprimoramento do projeto legislativo supramencionado, eliminando as lacunas até então existentes (JOÃO; ARRUDA, 2018). Por fim, vale ressaltar que a adesão adequada a

essa Justiça exige não apenas mudanças formais, mas deve alcançar também uma transformação educativa na sociedade.

4.3 Acesso adequado aos serviços de Defensoria Pública

Não se deve aduzir sobre a atuação da Defensoria Pública sem antes discutir a respeito do acesso à justiça, valor elementar para a promoção de um Estado Democrático de Direito. Em um primeiro instante, parece não existir dificuldades na compreensão de como “alcançar a justiça”, transparecendo ser um encargo simples e unicamente ligado ao exercício do Poder Judiciário, porém, embora seja uma reflexão inicial, não é o que deve ser preservado.

A partir da análise confeccionada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, no final do século XX, o processo civil envolveria três ondas de renovação, sendo elas, cronologicamente: a assistência judiciária aos hipossuficientes; a representação judicial dos interesses metaindividuais, notadamente os difusos e, por fim, a expansão do acesso à justiça (MANCUSO, 2009). Essas dimensões não se excluem, correspondendo, na verdade, a momentos complementares na busca pela justiça, carregando, cada uma delas, um propósito especial e diferente (MANCUSO, 2009).

Para melhor decifrar o sentido das ondas renovatórias, é interessante pensá-las como possíveis soluções para o problema da efetividade da obtenção à justiça, combatendo um viés instrumentalista do processo e apoiando-se em uma resposta jurídica justa. A Defensoria Pública apresenta-se, nesse panorama, na primeira onda, retratando o óbice econômico verificado nessa temática. Dessa forma, além da atenuação das custas processuais, há a necessidade de consolidar “a justiça para os pobres” no Poder Judiciário brasileiro, o que foi implementado por meio de programas de assistência judiciária (ALVES; CARVALHO, 2021).

Dentre algumas iniciativas, reconhece-se o modelo público, ou seja, aquele em que o Estado garante a disponibilidade de servidores públicos concursados exclusivos, que trabalham ajuizando demandas, realizando diligências judiciais e extrajudiciais e participando de audiências, entre outras funções (ALVES; CARVALHO,

2021). Essa maneira de assistência jurídica gratuita foi inaugurada em 1950, com a edição da Lei n. 1.060, a qual atribuiu esse serviço assistencial aos poderes públicos federal e estadual, e o Brasil, com a Constituição Federal de 1988, passou a adotar um modelo nacional e a gerenciar os fundos a serem utilizados. Nesse contexto, a Defensoria Pública tornou-se instituição essencial à função jurisdicional do Estado (MOURA; CUSTÓDIO; SILVA; CASTRO, 2013).

Em 2004, no início do século XXI, aprovou-se a Emenda Constitucional n. 45, que conferiu aos defensores públicos tratamento semelhante ao dos magistrados e membros do Ministério Público. À Defensoria Pública estadual concedeu-se autonomia funcional, administrativa e orçamentária, mesmo que, na prática, hoje não se evidencie uma real independência (BRASIL, 1988). Um feito significativo — a edição da Lei Complementar n. 132, no ano de 2009 —, realçou ainda mais o propósito desse órgão público no que diz respeito aos interesses dos hipossuficientes, atribuindo aos Defensores Públicos o ofício de ajuizar ação civil pública e outras ações coletivas em geral, zelando, de tal modo, pela tutela dos necessitados (TEIXEIRA, 2017). Apesar de tais avanços, a efetivação desses serviços assistenciais gratuitos por esses profissionais ainda não se consolidou em todas as comarcas brasileiras, outorgando tal prática a advogados dativos, o que acontece nas regiões Norte e Nordeste (TEIXEIRA, 2017).

Após aprovação da Emenda Constitucional n. 80/2014, foram indicados os princípios institucionais do órgão público em análise — a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional —, bem como foi conferido prazo de oito anos para a instalação, em todas as comarcas brasileiras, de órgão da Defensoria Pública (BRASIL, 1988). A Defensoria Pública expressa também o regime democrático, visto que tem como intento “a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados”, devendo servir como instrumento de equilíbrio entre as classes sociais (BRASIL, 1988, n. p.).

Para melhor compreender a valorosa função da Defensoria Pública no Brasil, não se pode deixar de situar o leitor ao ambiente atual de vivência, isto é, uma sociedade repleta de complexidades, com novos relacionamentos pessoais e profissionais e, por

consequente, outras demandas sociais (TEIXEIRA, 2017). Sob essa perspectiva, o conceito de cidadania também recebe mutações ao reconhecer a isonomia entre as partes em diversas abordagens, a exemplo do amplo acesso à justiça, contribuindo para a efetiva democratização da justiça (TEIXEIRA, 2017).

É recomendável que os países membros da OEA, segundo as Resoluções AG/RES. n. 2714 (XLII-O/12) e AG/RES n. 2656 (XLI-O/11), ratificadas em 2011 e 2012, adotem o modelo público brasileiro de Defensoria Pública (MOURA; CUSTÓDIO; SILVA; CASTRO, 2013). Convém, por isso, destacar uma breve análise sobre a assistência jurídica gratuita de alguns desses países. Na Argentina, a assistência integral e gratuita aos hipossuficientes não se encontra mencionada expressamente, todavia, é prevista a inviolabilidade da proteção jurisdicional do indivíduo, presumindo, com efeito, a necessidade de norma infraconstitucional para regular tal cenário (SANTIAGO, 2007). Assim, embora constitucional, para ter acesso a esse direito, o necessitado deve provar a precariedade da sua situação, demonstrando, desse modo, a limitação e a burocracia do sistema público assistencial argentino (SANTIAGO, 2007).

A assistência judiciária boliviana, por sua vez, conforme a Constituição pátria, ocorre por meio de Defensores Públicos eleitos pelo povo e cujo mandato é de cinco anos, atingindo aqueles que são carentes de recursos financeiros para contratar um advogado. À vista disso, pode-se concluir que, na Bolívia, há um sistema protetivo frágil, pois, por implicar em frequente rotatividade de profissionais, inexistente uma forte relação deles com a instituição. O Chile dispõe, em sua Constituição, de assessoramento, garantia que abrange a defesa em demandas jurídicas, a consulta e a atuação extrajudicial aos desfavorecidos de fundos (SANTIAGO, 2007).

No Peru, caso um cidadão pobre, na forma da lei, deseje exercer o seu direito de contraditório e ampla defesa judicial, deve recorrer a um profissional pago pelo Estado, configurando, nessa proporção, o sistema de assistência jurídica gratuita dessa nação. No caso da situação mexicana, o ordenamento maior do país também assinala a possibilidade de o Defensor Público proceder à defesa dos hipossuficientes, além de dispor sobre a gratuidade das custas, independentemente de produção probatória.

Entretanto, nota-se que a realidade norte-americana detém algumas distinções quando comparada com as anteriores já explicitadas (SANTIAGO, 2007).

Primeiramente, não obstante os Estados Unidos assegurarem, na sua Constituição, o acesso à justiça, a efetividade desse direito, por via da concretização da assistência judiciária gratuita, ainda aponta certa dificuldade, em razão do pensamento capitalista norte-americano e, conseqüentemente, do receio de influências socialistas na advocacia (SANTIAGO, 2007). A Defensoria Pública, nesse país, exerce a assistência jurídica gratuita apenas em poucos casos e na esfera criminal. No caso das demandas cíveis, tal atividade ocorre por intermédio de organizações privadas (SANTIAGO, 2007). De forma diversa do que existe no Brasil, nesse país norte-americano é facultado às partes exercerem a capacidade postulatória, em regra, não deixando esse ofício exclusivamente para os advogados (SANTIAGO, 2007).

Vale ponderar que, na realidade brasileira, embora previsto oficialmente desde 1988, esse órgão já se fazia presente em alguns estados, como no Rio de Janeiro (1954), no Piauí (1982) e no Distrito Federal (1987). Em contrapartida, em outros estados brasileiros, o seu desenvolvimento mostrou-se relativamente lento. Esse quadro se justifica quando se lembra que, até 1990, só existiam sete estados com Defensoria Pública instalada, sendo acrescentadas mais dez no decurso dos anos noventa. Em 1997, surgiu a Defensoria Pública do Ceará, havendo, nos anos 2000, o incremento de mais oito Defensorias Públicas estatais, sendo instaladas as duas últimas em 2011, no Paraná, e, em 2012, em Santa Catarina (MOURA; CUSTÓDIO; SILVA; CASTRO, 2013).

Atualmente, no Brasil, todos os estados federativos contêm Defensoria Pública consolidada, sendo o Amapá o último deles a receber a solidificação dessa garantia constitucional, mediante a contratação de membros concursados, em 2017, após 39 (trinta e nove) anos da sua implantação (TEIXEIRA, 2017). Uma das primeiras dificuldades enfrentadas para o alicerce de algumas Defensorias Públicas foi a ânsia de substituir os profissionais comissionados por servidores efetivos, mediante mobilizações sociais, como ocorreu no estado de São Paulo (MOURA; CUSTÓDIO; SILVA; CASTRO, 2013). Ademais, identificou-se, por meio de pesquisas, que a expansão da abrangência territorial do referido órgão não consistia na ausência de lei a respeito do tema, mas na

insuficiência de medidas administrativas relacionadas à seleção dos profissionais públicos (MOURA; CUSTÓDIO; SILVA; CASTRO, 2013).

Em 2013, segundo análise feita pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), havia uma considerável assimetria entre o número de cargos de Defensores Públicos criados e de provimento desses cargos, correspondendo este à porcentagem de 59,5% (cinquenta e nove vírgula cinco por cento) em relação àqueles (MOURA; CUSTÓDIO; SILVA; CASTRO, 2013). No período, os estados de Minas Gerais, Espírito Santo e Pernambuco foram os que apresentaram a maior diferença entre esses níveis, sendo a baixa remuneração do cargo um dos principais motivos para a exoneração dos profissionais (para integrar os quadros da magistratura e do Ministério Público, por exemplo). À época, unidades federativas como Amazonas, Bahia, Rio Grande do Norte, Maranhão e São Paulo destacaram-se por simbolizarem os casos mais complexos em quantidade de comarcas não atendidas por Defensoria Pública (MOURA; CUSTÓDIO; SILVA; CASTRO, 2013).

A partir do IV Diagnóstico da Defensoria no Brasil, identificou-se a necessidade da aprovação do Conselho Nacional da Defensoria Pública, assim como já existia para os órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário, com a finalidade de robustecer a atuação da Defensoria Pública no país, a partir da organização institucional e da fiscalização das obrigações funcionais dos membros desse órgão. Para grande parte dos Defensores Públicos, ampliar e fortalecer a atuação da Defensoria Pública reflete reivindicações em relação ao Sistema de Justiça, revelando-se como um dos elementos diretamente associados a essa realidade: o orçamento. A autonomia financeira até foi ordenada, no entanto, para que esse cenário se realize concretamente, as propostas orçamentárias de competência das Defensorias Públicas devem ser aprovadas pelos respectivos Governos Estaduais, condição que nem sempre costuma acontecer (TEIXEIRA, 2017).

O espelho desse panorama, analisado pelo documento oficial citado acima, indica que, em 60,87% (sessenta vírgula oitenta e sete por cento) das propostas orçamentárias apresentadas pelas Defensorias, houve cortes pelo Poder Executivo estadual antes do envio do Projeto de Lei e em apenas 34,8% (trinta e quatro vírgula oito

por cento) das propostas ocorreu a aprovação direta, sem veto algum. Isso significa que, nem sempre, a produção de propostas legislativas equivale à aceitação e à exequibilidade delas, implicando, por sua vez, a limitação no planejamento estratégico da instituição (TEIXEIRA, 2017). Não bastassem todos esses dados, constata-se que, para a maioria dos Defensores Públicos, a ampliação dos recursos humanos e do orçamento, bem como a inclusão da Defensoria Pública na Lei de Responsabilidade Fiscal configuram sugestões de progressos e transformações para este órgão (TEIXEIRA, 2017).

Quando se trata de Processo Penal, a figura da Defensoria Pública tem um papel fundamental, pois, no caso de comarcas com redução de patronos particulares ou dativos, a chance de ocasionarem equívocos durante o processo seria elevada, como uma supressão do contraditório e da ampla defesa ou ocorrência de prescrição (SOUZA; LEITÃO JÚNIOR, 2011). Geralmente, esses e outros fatos tendem a resultar em futuras impunidades, gerando não apenas o encarceramento em massa, mas o desrespeito ao processo judicial garantista e, por via de consequência, ao Estado Democrático de Direito (SOUZA; LEITÃO JÚNIOR, 2011).

Sob esse panorama, evidencia-se que o uso excessivo da prisão preventiva pode ser evitado ou, pelo menos, reduzido, por uma atuação mais enfática da Defensoria Pública nos processos penais, no que se refere a preservar os direitos e as garantias do réu, como o princípio da presunção de inocência e as demais premissas constitucionais.

5 CONCLUSÃO

Um dos elementos que mais identifica e caracteriza uma sociedade diz respeito à cultura, a qual também é um fator que influencia, de certa maneira, a condução de um país, principalmente se forem levadas em consideração as ações dos cidadãos, dos parlamentares e dos magistrados. Dessa forma, o aspecto cultural de um povo consiste em um traço construído desde os primórdios, que engloba, dentre outros pontos, as dificuldades e as facilidades econômicas, os impasses sociais, o clima do local, a estratégia educacional e as normas legislativas.

À vista disso, por meio das pesquisas até então realizadas sobre o surgimento dos mecanismos repressivos a serem utilizados nos supostos infratores da lei, observou-se uma verdadeira cultura punitivista no Brasil, tendo em vista o alto índice de encarceramento em massa, incluindo-se, nessa estatística, grande parcela de presos provisórios. Essa ideia decorre de multifatores: desde o baixo interesse no custo com salubres condições ambientais nas unidades penitenciárias e a reduzida quantidade de espaços para acomodar os detentos, até a descrença no poder do diálogo e, conseqüentemente, na restauração de danos ocorridos. Além desses transtornos específicos, o que mais se destaca é a distância do sentimento prévio de autorresponsabilidade, já que se concentra unicamente na reparação da violação penal, deixando o agir preventivo de lado.

Assim, para a análise das possíveis soluções da decretação excessiva da prisão preventiva no Brasil, problema considerado crônico, nada mais essencial que realizar uma retrospectiva, ou uma prévia reflexão, tanto da natureza jurídica do instituto, quanto das suas principais causas originárias, além do contexto processual em que se insere a custódia preventiva. De pronto, faz-se necessário aduzir que a ligação entre o modo de aplicação dessa prisão provisória com a natureza do processo brasileiro tem larga proximidade e, por essa razão, a parte inicial desse trabalho buscou descobrir se esse processo era dotado de viés instrumentalista ou constitucional democrático.

Ao se examinar a figura processual, antes mesmo de ser reconhecida como relação jurídica (fase imanentista), e descobrir, em seguida, o desenvolvimento do

processo dependendo do teórico e do tempo selecionado, apurou-se a presença da dialeticidade, por meio do contraditório no procedimento, tornando o ambiente mais democrático. Nesse tom, o processo em geral, incluindo o processo penal, ganha, com o advento da Constituição Federal de 1988, o *status* de direito fundamental, assegurando não só outros direitos, mas também implementando a si mesmo.

A partir desse marco simbólico, a liberdade, o direito de estar em juízo, entre outros direitos, foram reconhecidos como fundamentais, devendo ser obedecidos em prol da construção de um sistema normativo harmônico, bem como do respeito à dignidade da pessoa humana, pilar do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, os direitos fundamentais funcionam, ao mesmo tempo, como mecanismos limitadores da atuação estatal e como tutela da sociedade, demonstrando, com isso, a dimensão desse instrumento nos desdobramentos da realidade prisional.

Com base no cabedal teórico apresentado e, agora, já ciente da adoção do parâmetro brasileiro processual, qual seja, o modelo constitucional, fez-se necessário o enfrentamento do uso excessivo da prisão preventiva, com o intento de não somente desvendar as razões pelas quais essa prática inadequada foi se consolidando com o tempo, mas também encontrar caminhos solucionadores para essa incongruência.

Nesse percurso, analisou-se a prisão preventiva no Brasil, desde a sua idealização até seus aperfeiçoamentos, requisitos, cabimento, findando com o estudo dessa medida cautelar no cenário mundial. A pesquisa desenvolveu-se por meio de dois Relatórios Temáticos da CIDH, os quais investigavam propostas sugeridas e implementadas de redução da decretação da prisão provisória nas Américas. A consulta teve como limitação temporal os últimos 20 (vinte) anos, observando, durante esse ínterim, dados estatísticos relacionados aos números de detentos definitivos e provisórios nos países membros da OEA, além de selecionar os Estados Unidos para o recorte comparativo.

Essa escolha não ocorreu de forma discricionária, pois encontrou-se uma nação americana que, embora tivesse algumas diferenças culturais com o Brasil, apresentou semelhança em outros aspectos, tais como, a quantidade populacional e o nível de criminalidade nos mesmos períodos. O Brasil, mesmo exibindo uma população

um pouco inferior e uma menor criminalidade, em um certo marco temporal, evidenciava um número superior de detentos presos sem uma condenação transitada em julgado. Deve-se esclarecer, nesse momento, que o ideal seria efetuar uma abordagem que refletisse vários elementos de convergência entre os dois países, todavia, optou-se por destacar somente dois, já que um deles encontrava-se presente nos Relatórios, e almejou-se o exame do país americano *versus* número de pessoas presas em geral.

Dentre as causas averiguadas de utilização excessiva de prisão preventiva, que estavam em desconformidade com o modelo constitucional de processo, destacaram-se: preponderância de políticas repressivas; influência da mídia; sentimento de impunidade e, finalmente, carência de estrutura para a implementação das medidas cautelares diversas da prisão. Ressalte-se que todos esses motivos indicados se sobressaíram nos documentos internacionais analisados. A introdução de cada uma dessas causas, seguida da formulação de um senso crítico necessário para a devida apreensão dos impasses existentes, viabilizaram a eleição dos possíveis meios solucionadores de um problema considerado crônico, qual seja, o desvio do propósito da prisão preventiva no Brasil.

Por fim, o trabalho demonstrou três medidas que poderiam ser eficazes para o alcance da contenção das prisões preventivas no país, observando o princípio da presunção de inocência e tentando, desse modo, preservar e fortalecer a versão constitucional de processo, também conhecida por garantista. Assim sendo, notou-se que algumas variáveis têm sido vistas como indicadoras de um desarranjo estrutural para custódia provisória, sendo elas: a releitura da duração razoável do processo a partir do tempo kairológico; a implementação eficiente dos programas de justiça restaurativa e o acesso adequado aos serviços de Defensoria Pública.

Ao se investigar cada proposta, concluiu-se que, primeiramente, a prisão preventiva deve estar inserida em uma dinâmica processual cuja duração razoável seja analisada sob a lógica do tempo kairológico, o que desmembra, corretamente, a visão de celeridade da ideia de tempo prevista na Constituição Federal. Ademais, sugere-se a adesão a procedimentos restaurativos de gestão de violações penais, demonstrando as delimitações e as contribuições decorrentes dessa iniciativa de caráter preventivo na vida

dos envolvidos. A última possível solução disposta como resultado dessa pesquisa diz respeito ao desempenho do trabalho da Defensoria Pública em demandas penais, que, por ainda não ter conseguido uma efetiva autonomia executiva e financeira, não exerce plenamente as suas intervenções.

Contudo, diante dessas ponderações, é possível aduzir que a missão apresentada nesse trabalho, apesar de árdua e, por vezes, vagarosa, deve ser difundida e concretizada, tanto pelos cidadãos como pelos representantes dos Poderes Estatais. A estratégia traçada seria no sentido de envidar esforços conjuntos para o incremento de uma gestão pública compartilhada, bem como para uma mudança cultural, revisando políticas criminais e conduzindo a administração de um conflito para um viés preventivo.

Dessa forma, conclui-se que o caminho a ser seguido ultrapassa a mera alteração legislativa, pois se atinge o modo de pensar dos operadores jurídicos e, por conseguinte, as suas posturas no processo penal, sendo uma delas o respeito à prisão preventiva como uma verdadeira medida cautelar.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virginia. Fatores meta processuais e suas influências para a formação da decisão judicial. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v.8, nº 2, p. 661-687, ago. 2018.

ACHUTTI, Daniel; LEAL, Maria Angélica dos S. Justiça Restaurativa no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania: da teoria à prática. **Revista de Criminologia e Políticas Criminais, Maranhão**, v. 3, n. 2, p. 84-100, 2017. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/210565299.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2020.

ALBUQUERQUE, Márcio Vítor Meyer de. **A Evolução histórica do habeas corpus e sua importância constitucional e processual como forma de resguardar o direito de liberdade**. 2007. 100fl. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza. Fortaleza-CE, 2007. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp041665.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2020.

ALMEIDA, Diogo A. Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. Natureza da mediação de conflitos. *In*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coords.). **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2021, cap. 4.

ALMEIDA, Marcius Alexandros Antunes de. **Críticas e alternativas à prisão preventiva**. 2010. 147f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre-RS, 2010. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4835/1/423446.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020.

ALVES, Jaime Leônidas Miranda; CARVALHO, Willian Fuloni. A educação em direitos pelas defensorias públicas como nova onda renovatória de acesso à justiça. **Revista Inclusiones: Revista de humanidades y ciencias sociales**, v. 8, edição especial, p. 455-469, jan./mar. 2021. Disponível em: <http://revistainclusiones.org/pdf8/24%20Leonidas%20et%20al%20VOL%208%20NUM%20ESP.%20ENEMAR%20NUEVA%20MIRADA%202021INCL.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2021.

ALVES, Laura. A mídia como agente operador do Direito. **Revista FIDES**, v. 2, n. 1, 2011. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/70/75>. Acesso em 28 dez. 2020.

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: G. Giappichelli, 1997

ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de. Processo Constitucional: o processo como espaço democrático-discursivo de legitimação da aplicação do direito. **Revista da**

Faculdade de Direito do Sul de Minas. Porto Alegre, v. 31, p. 281-296, 2015a.

Disponível em:

<https://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/7fde22d3b90b796324e62bc0b4200853.pdf>.

Acesso em: 14 julh. 2020.

ANDRADE, Gabriela Lima. Da criminologia crítica ao garantismo penal: considerações sobre a banalização da prisão cautelar no Brasil. **Revista do CEPEJ**, n. 16, 2015b.

Disponível:

<https://cienciasmedicasbiologicas.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/20186/14408>.

Acesso em: 03 out. 2020.

ARAUJO, Natália Nabuco de. Justiça e mídia: conflitos entre o princípio da presunção de inocência e a liberdade de imprensa. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 39, n. 1, p. 69-98, 2021. Disponível em:

<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/492>. Acesso em: 15 jun. 2021.

ARGUELHES, Diego; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a barbaridade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**. n.38, p. 6-50, Rio de Janeiro, jan./jun.2011.

ASSIS, Dulceia Maria dos Santos. Da prisão ilegal: algumas considerações. **Revista Brasileira de Direito e Gestão Pública**, v. 1, n. 3, 2013. Disponível em:

<file:///C:/Users/csbca/AppData/Local/Temp/2491-7196-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 ago 2020.

BADARÓ, G. H. R. I. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 381-408, 1 jan. 2008. Disponível em:

<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67811/70419>. Acesso em: 22 set. 2020.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARBOSA, Gabriela Urbano. **Das novas hipóteses de prisão domiciliar com o advento da Lei nº 13.257 de 2016**. 2017. 65fl. Monografia (Graduação em Direito) - Centro Universitário de Brasília – UniCeub Faculdade de Ciências Jurídicas Sociais. Brasília, 2017. Disponível em:

<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11321/1/21253976.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2020.

BARRETO, João Francisco de Azevedo; ZANDONÁ, Roberto Torro. Os relatórios da comissão interamericana de direitos humanos sobre a situação atual dos direitos humanos no Brasil. **Etic-encontro de iniciação científica**, v. 6, n. 6, 2010. ISSN 21-76-8498. Disponível em:

<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/2338/1834>.

Acesso em: 18 out. 2020.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. **Duc In Altum-Cadernos de Direito**, v. 10, n. 21, 2018. Disponível em:

<http://www.faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/716/586>.

Acesso em: 22 jul. 2020.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **[Re]forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A síndrome da pressa e o direito ao processo em tempo devido no projeto de Código de Processo Civil. *In*: FREIRE, Alexandre *et al.* (orgs.). **Novas tendências do Processo Civil**: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador: Juspodvim, 2014, v.II, p. 567-581. Disponível em:

https://ppgd.ufba.br/sites/ppgd.ufba.br/files/novas_tendencias_do_processo_civil_-_est.pdf. Acesso em: 3 jun. 2021.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 1, p. 149-182, 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/csbca/AppData/Local/Temp/Dialnet>

UmaConcepcaoMinimalistaEGarantistaDaPresuncaoDelno-6358834-1.pdf. Acesso em: 25 jul. 2020.

BICUDO, Hélio. Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais. **Estud. av.**, São Paulo, v. 17, n. 47, p. 225-236, abril. 2003. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142003000100014&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 out. 2020.

BONATO, Gilson. **O tempo do processo penal**: do discurso da razoabilidade à entropia do tempo esquecido. 2008. 265f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2020

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República,

1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 13 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.846 de 1º de agosto de 2013**. A responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 23 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.964 de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 23 dez. 2020.

BUENO, Cássio Scarpinela. Bases para um pensamento contemporâneo do Direito Processual Civil. *In*: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON; Petrônio (org.). **Bases científicas para um renovado direito processual**. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, v.1, 2008a. Disponível em: <http://scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/006.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

BUENO, Cássio Scarpinela. O “Modelo Constitucional do Direito Processual Civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; e LAUAR, Maria Terra (coords.). **Processo civil: novas tendências**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 157-166, 2008b.

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1964.

CARVALHO, Amanda Navarro de. A viabilidade de aplicação da justiça restaurativa ao sistema penal brasileiro. 2020. 59fl. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa-PB, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/19884/1/ANC210320.pdf>. Acesso em: 14 maio 2021.

CARVALHO, Meliza Marinelli Franco; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão jurídica e integridade do direito na hermenêutica política de Ronald Dworkin. **Revista: CCCSS Contribuciones a las Ciencias Sociales**, jan./mar. 2016. Disponível em <http://www.eumed.net/rev/cccss/2016/01/hermeneutica.html>. Acesso em: 21 jun. 2021.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. História, pensamento e terminologia processuais. **Revista de Derecho Procesal**. Argentina: [S.n.], 1947.

CHIOVENDA, José. **Derecho procesal civil**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922, Tomo I. Disponível em: encurtador.com.br/kwDNW. Acesso em: 21 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2020**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 1 out. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas**. [S.l.]: CIDH, 2013.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão provisória nas Américas**. [S.l.]: CIDH, 2017. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em: 27 out. 2020.

COSTA, Marina Bartlewski Moreira da. 2017. 87fl. **Análise do Princípio da Proporcionalidade na prisão preventiva à luz da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/8163/1/MBMCosta.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. **A razoável duração do processo: O fenômeno temporal e o modelo constitucional processual**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Processo (Constitucional): Reconstrução do conceito à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista Opinião jurídica**. v. 10, n. 14, p. 24-41, 2012. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/804>. Acesso em: 20 jun. 2020.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral; WYKROTA Leonardo Martins. Neurodireito: o início, o fim e o meio. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n.2, 2018. Disponível em: <https://www.rel.uniceub.br/RBPP/article/view/5307>. Acesso em: 20 jun. 2020.

CRUZ, Rafaela Alban. Justiça Restaurativa: um novo modelo de justiça criminal. **Tribunal Virtual IBCCRIM**, São Paulo, v.1, n.2, p. 71-83, 2013. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/doutrina/justica_restaurativa/jr_um_novo_modelo_de_justica_criminal.pdf. Acesso em: 24 de mar. 2021.

DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. In: **Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais**. 1992. p. 89-103. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79060237.pdf>. Acesso em: 12 de out. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualização junho de 2017**. Organizado por Marcos Vinícius Moura. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento

Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Presos em unidades prisionais no Brasil**: período de julho a dezembro de 2019. DEPEN [site], Painel interativo, dez. 2019b. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZWl2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ltNDU2ZmlyZjFjZGQ0liwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJm-ZThlMSJ9>. Acesso em: 26 out. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Presos em unidades prisionais no Brasil**: período de janeiro a junho de 2020. DEPEN [site], Painel interativo, jun. 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiMjU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWEwMDAtZDZlNWQ5YmIzMzk1liwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJm-ZThlMSJ9>. Acesso em: 26 out. 2020.

DEURSEN, Felipe Van. **O Brasil tem mais assassinatos do que todos estes países somados**. Super Interessante [site], 8 out. 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/blog/contaoutra/o-brasil-tem-mais-assassinatos-do-que-todos-estes-paises-somados/>. Acesso em: 2 jun. 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. Malheiros Ed., 2001. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/898e285d7d96e222c4f1be0bf2502269.pdf>. Acesso em: 08 set. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMR Martins Fontes, 2010.

EAGLEMAN, David. **Incógnito**: as vidas secretas do cérebro. Rio de Janeiro: Rocco, 2011.

EID, Elie Pierre. Multilateralidade no processo civil: divergência de interesses em posições jurídicas. **Revista de Processo**, v. 297, n. 2019, p. 39-77, 2019. Disponível em: encurtador.com.br/hrxQ2. Acesso em: 13 dez. 2020.

EROUD, Aicha de Andrade Quintero; INCOTT JUNIOR, Paulo Roberto; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. O garantismo penal sob a ótica do estado democrático e constitucional de direito – inadequações do sistema penal. **Revista Aporia Jurídica (online)**, v. 1, n. 8, p. 156-169, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://cescage.com.br/revistas/index.php/aporiajuridica/article/view/115/112>. Acesso em: 15 jun. 2020.

FACHIN, Tiago. O papel do juiz no processo compreendido como procedimento em contraditório: secessão entre o direito material e o direito processual em cotejo com a retórica questão dos escopos metajurídicos do processo. **Revista Justiça do Direito**, v. 28, n. 1, p. 25-48, 2014. Disponível em: encurtador.com.br/gijtT. Acesso em: 05 maio 2020.

FANTUCI, C. B.; SIMPLICIO, E. A.; VELASQUEZ, F. G.; GAIOTE, T. R. O. A nova lei de prisões: sentimento de impunidade ou efetivação do devido processo legal? **Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR**, Umuarama. v. 16, n. 2, p. 153-168, jun./dez. 2013. Disponível em: <https://www.revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/5143/2969>. Acesso em: 04 out. 2020.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Eliane Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. A teoria geral do processo e a teoria da Constituição no Estado Democrático de Direito. **Direito Izabela Hendrix**, v. 1, n. 1, 2003. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas-izabela/index.php/dih/article/view/149/162>. Acesso em: 05 ago. 2020.

FERNANDES, Luiz Gustavo. Prisões cautelares. **Direito Penal e Processo Penal**, v. 1, n. 1, p. 66-78, 2019.

FERNANDES, Patrícia Vieira dos Santos. **A (i) legitimidade das prisões cautelares à luz do princípio do estado de inocência**. 2013. 162fl. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2013. Disponível em: <http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13221/1/%28i%29legitimidadePrisoeseCautelares.pdf>. Acesso em: 11 out. 2020.

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

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, 2009. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/ec64/3cd6710c5465c181ff32806b1e3b78065e54.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.

FISCHER, Rosa Maria Bueno. O estatuto pedagógico da mídia: questões de análise. **Educação & realidade**, v. 22, n. 2, 1997. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71363/40517>. Acesso em: 29 dez. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: Histórias da violência nas prisões**. Petrópolis: Vozes, 1986.

FRANCO, Loren Dutra. **Processo Civil-Origem e Evolução Histórica**. Instituto Vianna Junior [site], Material Didático, [200?]. Disponível em: http://intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_20002.pdf. Acesso em: 29 dez. 2020.

FRANCO, Marcelo Veiga. A evolução do contraditório: a superação da teoria do processo como relação jurídica e a insuficiência da teoria do processo como procedimento em simétrico contraditório. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**, v. 22, n. 24, 2012. Disponível em <https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/11896>. Acesso em: 19 set. 2020.

FREITAS, Gabriela Oliveira. O processo constitucional como garantia dos direitos fundamentais no estado democrático de direito. **Lex Humana**, <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana>, v. 5, n. 1, p. 57-77, mai. 2013. ISSN 2175-0947. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/298/203>. Acesso em: 16 set. 2020.

GARCIA, Rafaela Schmitt. Contraditório, processo e democracia: pilares da justiça contemporânea. **Justiça do direito**, v. 30, n. 2, p. 278-297, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/6048/3714>. Acesso em: 21 set. 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado. As medidas cautelares alternativas à prisão: o projeto de reforma do Código de Processo Penal Brasileiro e a realidade latino-americana. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, vol. 8, n. 14, jan./abr. 2016. Disponível em: http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/14965/2/B1_As_medidas_cautelares_alternativas_a_prisao_o_projeto_de_reforma_do_Codigo_de_Processo_Penal_Brasileiro_e_a.pdf. Acesso em 17 out. 2020.

GONÇALVES, Matheus Rodrigues. **Direitos Humanos: condenação de inocentes e a responsabilidade do poder judiciário**. 2020. 44fl. Monografia (Graduação em Direito) – UniEvangélica. Anápolis, 2020. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/10058/1/MATHEUS%20RODRIGUES%20GON%c3%87ALVES.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

GORDILHO, Heron José de Santana. Justiça penal consensual e as garantias constitucionais no sistema criminal do Brasil e dos EUA. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v.29, n.1, p.55-71, 2009. Disponível: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12148>. Acesso em: 28 jun. 2021.

GREGO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Argumenta Journal Law**, v. 2, n. 2, p. 32-95, 2002. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/87>. Acesso em: 02 maio 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOMERIN, Janaina Camelo. O papel de uma legislação penal mais responsável na redução do fluxo de entrada no sistema prisional. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, v. 11, n. 2, 2017. Disponível em: <http://www.revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/856>. Acesso em: 26 out. 2020.

IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade. **Lua Nova**, São Paulo, n. 61, p. 97-113, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 jun. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0102-64452004000100006>.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Em busca de um novo conceito de jurisdição. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 16, n. 16, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/19963/14304>. Acesso em: 17 ago. 2020.

JOÃO, C. Ungar; ARRUDA, E. de Sousa. A justiça restaurativa e sua implantação no Brasil. **Revista da Defensoria Pública da União**, v. 1, n. 07, 7 dez. 2018. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/124/106>. Acesso em: 19 mai. 2021.

KHALED JUNIOR, Salah H. Oskar von Bülow e a difusão das ideias de relação jurídica e pressupostos processuais. **Panóptica**, ano 4, n. 20, nov. 2010. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/2446/Oskar%20Von%20B%c3%bclow%20e%20a%20difus%c3%a3o%20das%20id%c3%a9ias%20de%20rela%c3%a7%c3%a3o%20jur%c3%addica%20e%20pressupostos%20processuais.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 mai. 2020.

LACERDA, Juliana Andrade de. **Análise crítica acerca da influência da mídia no processo criminal brasileiro**. 2013. 24f. Artigo (Pós-graduação *lato sensu* em Direito) - da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/JulianaAndradedeLacerda.pdf. Acesso em: 11 nov. 2020.

LAGES, Cintia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em o império do direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 4, n. 7, p. 36-49, 2001. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/08fc/0565a839ba7c0afa6f33a34a7f3db0605a05.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

LAZZAROTTO, Cezar Paulo. A prisão cautelar como antecipação da pena. **Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, v. 9, n. 2, 2006. Disponível em: <https://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/254>. Acesso em: 20 jun. 2020.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira; AGUIAR, Cynara Silde Mesquita Veloso de; TEIXEIRA, Wellington Luzia; MIRANDA, Alexandra Carolina Vieira. Jurisdição e processo no Estado Democrático de Direito. **Revista do Curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros**, Montes Claros-MG, v. 27, n. 01, p. 73-123, 2005. Disponível em: <http://wtaa.com.br/wp-content/uploads/2016/11/jurisdiacao-e-processo-no-estado-democratico-de-direito.pdf>. Acesso em: 02 maio 2020.

LEIDA, Marilande Fátima Mafrin. Justiça restaurativa e justiça retributiva: diferentes métodos à administração de conflitos e violência. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE–RS, 27, 2018, Porto Alegre-RS, **Anais...**, Florianópolis: CONPEDI, 2018, p. 145-165. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/o255lvqq/tZs8uty9jd22uk60.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2020.

LEIDA, Marilande Fátima Manfrin; CASTRO, Matheus Felipe de. Neorretributivismo no direito penal brasileiro: obstáculos à realização de uma justiça restaurativa. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, v. 4, n. 1, p. 68-88, 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/210567021.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2020.

LEITE, Hebert Soares. **A cognição judicial imparcial e os efeitos dos vieses cognitivos no processo penal democrático**. 2020. 122fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/34095/6/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20D E%20MESTRADO%20HEBERT%20SOARES%20LEITE.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020.

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; DE PAULA, Ana Clara Porto. Prisão em segunda instância e o princípio da presunção de inocência. **Revista Direito & Desenvolvimento da Uicatólica**, v. 1, n. 1, p. 61-73, 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/csbca/AppData/Local/Temp/3149-9151-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2020.

LINO, Marlowa Islanowy Assis; OLIVEIRA FILHO, Ênio Walcacer de. Audiência de Custódia. **Multidebates**, v. 1, n. 2, p. 103-112, 2017. Disponível em: <http://revista.faculdadeitop.edu.br/index.php/revista/article/view/23/30>. Acesso em: 03 nov. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. Audiência de Custódia e a Imediata Apresentação do Preso ao Juiz: Rumo à Evolução Civilizatória do Processo Penal. **Revista Magister de direito penal e processual penal**, 2014. Disponível em: http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11255/2/Audiencia_de_Custodia_ea_Imediata_Apresentacao_do_Preso_ao_Juiz_Rumo_a_Evolucao_Civilizatoria_do_Processo_Penal.pdf. Acesso em: 04 nov. 2020.

MACHADO, Mariana de Araujo. **A conversão da prisão preventiva em domiciliar**. 2019. 71fl. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. Disponível: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/10762/1/MAMachado.pdf>. Acesso: 05 nov. 2020.

MACEDO, Elaine Harzheim; BRAUN, Paola Roos. Jurisdição segundo Giuseppe Chiovenda versus jurisdição no paradigma do processo democrático de Direito: algumas reflexões. **Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet**, 2015. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11431/2/Jurisdicao_segundo_Giuseppe_Chiovenda_versus_jurisdicao_no_paradigma_do_processo_democratico_de_direito_algumas.pdf. Acesso em: 08 set. 2020.

MAGALHAES, Joseli Lima. Jurisdição e processo em Giuseppe Chiovenda. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19, 2010, Fortaleza, **Anais...** Fortaleza-CE: CONPEDI, 2010, p. 7578-7597. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3501.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A efetividade do processo: Estudo Multidisciplinar. **Juslaboris TST**, 2000. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/111632/2001_maior_jorge_efetividade_processo.pdf?sequence=1. Acesso em: 06 ago. 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória segundo a lei nº 12.403/11. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 1, p. 251-285, 2012. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/27/16. Acesso em: 13 out. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 1, n. 6, 2006. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrazil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2545>. Acesso em: 19 set. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Jurídica**, v. 379, p. 12-13, 2009. Disponível em: <https://portal.estacio.br/media/4304/artigo-5-revisado.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2019.

MARMELSTEIN, George. **Discriminação por preconceito implícito**. Salvador: JusPodivum, 2021.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 2, n. 1, p. 43-55, 2016. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/16/37>. Acesso em: 16 jul. 2020.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque; GOMES, Luíza Gomes Guimarães Campos Batista. Tutela cautelar e tutela provisória: a natureza jurídica da prisão preventiva na lei 13.964/19. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 6, n. 1, p. 101-118, 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/6637/pdf>. Acesso em: 04 out. 2020.

MENDES, Soraia R.; SOUZA, Augusto C. B. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1175-1208, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.374>

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Análise crítica da prisão preventiva na Lei 12.403/2011**: proposta à luz de modelos estrangeiros e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 2014. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo. Disponível em: encurtador.com.br/kmwCN. Acesso em: 14 out. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Há 726.712 pessoas presas no Brasil**: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, o Infopen, traz dados consolidados. Justiça.gov [site], Brasília, 8 dez. 2017. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em: 7 jun. 2021.

MÖLLER, Max. **Teoria Geral do neoconstitucionalismo**: Bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista de processo**, 1997. Disponível em: encurtador.com.br/oqEJ4. Acesso em: 08 ago. 2020.

MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n. 73, 2013. Disponível em:

http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf. Acesso em: 15 jul. 2020.

MOURA, Tatiana Whately; CUSTÓDIO, Rosier Batista; SILVA, Fábio de Sá e; CASTRO, André Luis Machado de. **Mapa da defensoria pública no Brasil**. 1. ed. Brasília–DF: Edição dos Autores, 2013. Disponível em:

http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2419/1/Relat%c3%b3rio_Mapas%20da%20Defensoria%20P%c3%bablica%20no%20Brasil.pdf. Acesso em: 17 abr. 2021.

NASCIMENTO JUNIOR, Aguinaldo Ferreira do. Direito penal simbólico: a ineficiência do sistema penal contemporâneo. **Jures**, v. 8, n. 17, 2019. Disponível em:

<http://revistaadmmade.estacio.br/index.php/juresvitoria/article/viewFile/6317/47965452>. Acesso em: 26 dez. 2020.

NOVELLI, Rodrigo Fernando. A teoria do garantismo penal e o Princípio da legalidade. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, Mato Grosso do Sul, v. 16, n. 31, 2014.

Disponível em:

https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo06.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina: Alguns Apontamentos. **Revista Brasileira Estudos Políticos**, v. 101, p. 61, 2010. Disponível em:

https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo06.pdf. Acesso em: 18 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A declaração universal dos direitos humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas, Paris, 10 de dezembro de 1948. Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral. Disponível em:

<https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. Comissão Interamericana de direitos humanos. San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em:

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 05 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Derechos de las Personas Privadas de Libertad y para la Prevención y Combate a la Tortura**. OEA [site], 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/default.asp>. Acesso em: 21 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Tratados Multilaterais**: Carta da Organização dos Estados Americanos. [S.l.]: OEA, Departamento de Direito Internacional, [1993?]. Disponível em: http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-

41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.

ORSINI, Adriana Goulart de; LARA, Caio Augusto Souza. Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça. **Responsabilidades**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 305-324, fev. 2013. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/10/Artigo_Dez-Anos-de-Pr%C3%A1ticas-Restaurativas-no-Brasil_Adriana-Orsini-e-Caio-Lara.pdf. Acesso em: 02 fev. 2021.

PENIDO, Egberto de Almeida. Justiça Restaurativa. *In*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coords.). **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2021, cap. 7.

PESCE, Lucila. Políticas de formação inicial de professores, tecnologias e a construção social do tempo. **EccoS–Revista Científica**, n. 33, p. 157-172, 2014. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/eccos/article/view/3598/2721>. Acesso em: 21 set. 2020.

PETERSON, Jordan B. **12 Regras para a Vida: Um antídoto para o caos**. Alta Books Editora, 2018.

PIAZZA, Valmor Júnior Cella. A natureza jurídica do processo: relação jurídica, situação jurídica e a navegação na epistemologia da incerteza. **Revista da ESMESC**, v. 18, n. 24, p. 595-634, 2011. Disponível em: <https://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/44>. Acesso em: 21 set. 2020.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil?. *In*: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (orgs.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, cap. 1. Disponível em: <https://portal.tjsp.jus.br/Download/FDE/6%20-%20Textos%20Complementares/Livro%20Justi%C3%A7a%20Restaurativa.pdf#page=19>. Acesso em: 15 abr. 2021.

PIOVESAN, Flávia. Sistema internacional de proteção dos direitos humanos. *In*: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 1, 2001, São Paulo, **Anais...**, São Paulo: [S.n.], 2001. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_sip.pdf. Acesso em: 06 out. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PRAXEDES, Rafael da Nóbrega Alves; LOPES FILHO, Juraci Mourão. O Direito fundamental à presunção de inocência, a teoria da integridade de Ronald Dworkin e o julgamento do HC 152.752 (Caso Lula). **Teorias do Direito e Realismo Jurídico**, v. 4,

n. 2, p. 72-89, 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/210566739.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Natureza jurídica do processo penal**. [S.l.]: [S.n.], 2018.

ROBERTO, Karina; SILVA, Nelson Finotti. A regra da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 7, n. 2, p. 1559-1587, 2012. Disponível em: encurtador.com.br/ABIOQ. Acesso em: 27 abr. 2021.

ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual**. [S.l.]: Ed. Cívitas, 1992.

ROLIM, Marcos. **A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

SAAD, Marta. Assimilação das finalidades da pena pela prisão preventiva. **Revista de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, v. 1, n. 1, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7151/5126>. Acesso em: 02 out. 2020.

SALM, João; LEAL, Jackson da Silva. A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 64, p. 195-226, jul. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000100009&lng=en&nrm. Acesso em: 11 abr. 2021.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; DUARTE, Ana Caroline Pinho. Um conceito de duração razoável do processo penal. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 2, p. 242-256, maio/ago. 2010. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2596/1798>. Acesso em: 15 out. 2020.

SANTIAGO, Simone Jaques de Azambuja. **O acesso à justiça e o papel da defensoria pública no Brasil à luz do sistema interamericano de direitos humanos**. 2007. 183fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis-SC, 2007. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/90207/248447.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 Abr 2021.

SANTOS, Cecília MacDowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Sur, Rev. int. direitos human.**, São Paulo, v. 4, n. 7, p. 26-57, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/sur/v4n7/a03v4n7.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020.

SANTOS, Igor Raatz dos. **A reconstrução do processo civil no estado democrático de direito**: possibilidades a partir da teoria do Direito, do Estado e da Constituição. 2011. 194fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio Sinos. São Leopoldo, 2011. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3266/reconstrucao_processo.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 16 jul. 2020.

SANTOS, Aparecida de Fátima Moreira dos. A influência midiática no tribunal do júri brasileiro. Breve análise do caso isabela nardoni. **Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito**, edição 9, jan. 2016. ISSN: 2358-85519. Disponível em: http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/MMh5O1bteVky9wk_2019-2-28-17-0-23.pdf. Acesso em: 16 jul. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 4, n. 7, p. 160-209, jun. 2006. ISSN 2447-6641. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134/655>. Acesso em: 20 de jun. 2020. Doi: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v4i7.p160-209.2006>.

SECCO, Márcio; LIMA, Elivânia Patrícia de. Justiça restaurativa – problemas e perspectivas. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 443-460, mar. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000100443&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 dez. 2020.

SILVA, Adrian Barbosa e. **Garantismo e sistema penal**: crítica criminológica às prisões preventivas na era do grande encarceramento. 2016. 165fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Pará. Belém-PA, 2016. Disponível em: http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/9550/1/Dissertacao_GarantismoSistemaPenal.pdf. Acesso em: 15 dez. 2020.

SILVA, Alanna Esther Alves da. **Influência da mídia no direito penal**: limites aos meios de comunicação sob o enfoque dos direitos fundamentais. 2019. 48fl. Monografia (Graduação em Direito) – UniEvangélica. Anápolis, 2019. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/8546/1/ALANNA%2021-11.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2020.

SILVA, Enio Moraes da. O estado democrático de direito. **Revista de informação legislativa**, v. 42, n. 167-168, p. 213, 2005. Disponível em: https://www.greenme.com.br/wp-content/uploads/2019/09/ril_v42_n167_p213.pdf. Acesso em: 14 jun. 2020.

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. **Revista de direito administrativo**, v. 173, p. 15-24, 1988. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>. Acesso em: 14 jun. 2020.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. **Revista da faculdade de direito da UFMG**, [S.l.], n. 67, p. 213-244, jun. 2016. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://web.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1734/1647>. Acesso em: 29 dez. 2020.

SINGER, Helena. Direitos humanos e volúpia punitiva: o caso do Brasil. **Oficina do CES**, n. 117, p. 1-19, 1998. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/89373/1/Direitos%20Humanos%20e%20Volupia%20Punitiva.pdf>. Acesso em: 06 out. 2020.

SOARES, Weslei Moura. Prisão, medidas cautelares alternativas e mecanismos de fiscalização. **Intertemas**, v. 30, n. 30, 2015. ISSN 1677-1281. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/5235/4986>. Acesso em: 29 dez. 2020.

SOUZA, Carlos Eduardo Freitas de; LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. **Defensoria Pública: instituição imprescindível no combate da impunidade**. ANADEP [site], 5 dez. 2011. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=13136>. Acesso em: 26 abr. 2021.

SOUZA, Claudia Fittipaldi Andrade de. A inconstitucionalidade substancial do instituto da prisão preventiva e seu uso discricionário. **Multidebates**, v. 4, n. 2, p. 263-271, 2020. Disponível em: <http://revista.faculdadeitop.edu.br/index.php/revista/article/view/207/211>. Acesso em: 28 set. 2020.

SOUZA NETTO, José Laurinda de. O princípio da proporcionalidade como fundamento constitucional das medidas substitutivas da prisão cautelar. **Argumenta Journal Law**, v. 2, n. 2, p. 176-196, 2002. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/90>. Acesso em: 14 dez. 2020.

STAFFEN, Márcio Ricardo; BODNAR, Zenildo. Audiência judicial participativa como instrumento de acesso à justiça ambiental: diálogo com Elio Fazzalari. **Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas**, n. 2, p. 89-104, 2012. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/planeta/article/view/127>. Acesso em: 21 set. 2020.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. 2000. 251fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2000. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/56635/WILSON%20ANTONIO%20STEINMETZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 de set. 2020.

STRECK, Maria Luiza Schafer. **O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. São Leopoldo. 2008. 161fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2008. Disponível em: <http://repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2428/MariaStreckDireito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 jun. 2020.

TEIXEIRA, Andreza. **Governo lança primeiro concurso da história da Defensoria Pública do Amapá**. Portal Amapá [site], notícias, 21 dez. 2017. Disponível em: <https://www.portal.ap.gov.br/noticia/2112/governo-lanca-primeiro-concurso-da-historia-da-defensoria-publica-do-amapa>. Acesso em: 28 dez. 2020.

TEIXEIRA, Luciana de Sousa. **Audiência de custódia**: eficaz para a redução da banalização das prisões cautelares?. 2015. 54fl. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 2005. Disponível em: https://www.bdm.unb.br/bitstream/10483/10933/1/2015_LucianadeSousaTeixeira.pdf. Acesso em: 04 out. 2020.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. De falácias e de cultura. **Revista de Administração Pública**, v. 35, n. 4, p. 7-17, 2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6393/4978>. Acesso em: 14 dez. 2020.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. 2008. 178fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4657/1/407086.pdf>. Acesso em: 09 out. 2020.

VESTENA, Carla Luciane Blum. O papel da mídia na formação da opinião pública: a contribuição de Bourdieu. **Guairacá-Revista de Filosofia**, v. 1, n. 1, p. 9-22, 2008. Disponível em: <https://revistas.unicentro.br/index.php/guaiaraca/article/view/1144>. Acesso em: 25 jan. 2021.

VIEIRA, Katharine Santos. A importância do princípio da proporcionalidade para a teoria dos direitos fundamentais. A distinção do princípio da razoabilidade. **Diálogos Jurídicos: Revista do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito**, Fortaleza, ano 5, v. 5, p. 189-201, 2006. Disponível em: http://fbuni.edu.br/sites/default/files/dialogo_juridico_no_5.pdf#page=189. Acesso em: 26 abr. 2021.

WORLD PRISON BRIEF. **World Prison Brief data**. Country Brazil, 2019. WPB [site], 2019. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/country/brazil>. Acesso em: 29 out. 2020.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 4. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2016. Disponível em: <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2015/10/o-inimigo-no-direito-penal.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2020.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: Um Novo Foco Sobre o Crime e a Justiça**. São Paulo: Editora Palas Athena, 2008. Disponível em: <https://faculdadedombosco.net/wp-content/uploads/2016/10/Zehr-PDF-EAD-JR21.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2021.