UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

MARCO AURÉLIO DA COSTA SILVA FILHO

ANÁLISE CRÍTICA DA PRISÃO PREVENTIVA SOB A LUZ DO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI.

BELÉM
2025

MARCO AURÉLIO DA COSTA SILVA FILHO

ANÁLISE CRÍTICA DA PRISÃO PREVENTIVA SOB A LUZ DO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Pará, como requisito obrigatório para a obtenção do grau de Bacharel em Direito

Orientadora: Prof. Dra. Manuela Bitar Lelis dos Santos Pickerell.

BELÉM/PA
2025

MARCO AURÉLIO DA COSTA SILVA FILHO

ANÁLISE CRÍTICA DA PRISÃO PREVENTIVA SOB A LUZ DO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI.

Artigo submetido à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará como requisito para crédito na disciplina Monografia Jurídica para obtenção do título de bacharel em Direito.

Professora Orientadora: Manuela Bitar Lelis dos Santos Pickerell.

Trabalho aprovado em: ___/___/____

Conceito atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Manuela Bitar Lelis dos Santos Pickerell.
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará
Docente Orientadora e Presidente da Banca.

Professora Doutora Ana Cláudia Bastos de Pinho
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará
Avaliadora Interna da Banca Examinadora.

Mestrando Marcus Vinicius Cruz de Miranda
Programa de Pós-Graduação em Direito – UFPA
Avaliador Externo da Banca Examinadora.

BELÉM
2025

AGRADECIMENTOS

Os seres humanos são seres que contam histórias, vivemos nossa vida como uma jornada narrativa. "Só posso responder à pergunta 'o que devo fazer?' se antes puder responder a outra pergunta: 'De que história ou histórias faço parte?" (— Alasdair MacIntyre.)

Nesse sentido, quando nos vemos diante de vários caminhos a seguir, devemos descobrir qual dará mais sentido às nossas vidas como um todo e a tudo aquilo que nos é mais importante. Desse modo, neste momento simbólico, na minha história, cada um de vocês tem papel essencial, são personagens importantíssimos na narrativa da minha vida.

Gostaria de agradecer a Deus por ter sido tão bom comigo nos elementos dos quais não tenho controle algum, por ter nascido em uma família maravilhosa, por ser abençoado com saúde e por todas as bênçãos nesta vida.

Agradecer à minha mãe, Norma Simone, pelo amor e suporte incondicional que me deu força e amparo em muitos momentos, pelos incontáveis sermões e broncas, tão necessários para compor a baliza moral de qualquer indivíduo e pela inspiração através do seu exemplo e de sua força que me guia todos os dias.

Prestar agradecimentos ao meu pai, Marco Aurélio, pelos vários conselhos ao longo dessa jornada, por compartilhar seus erros para que eu pudesse evitá-los e pelos esforços diários ao longo da caminhada.

Sou grato demais pelos momentos de amor, paciência e suporte da minha namorada, Bianca Jansen, tão valiosos e tão necessários nos momentos difíceis dessa fase acadêmica, sendo minha grande companheira nos espinhos e rosas da UFPA.

Agradecer à minha madrinha Alice Mafra e à minha avó Madalena que sempre me cercaram com seu amor materno, jamais me deixando esquecer do quanto sou amado.

Prestar minhas honras aos meu bisavós maternos, meu querido bisavô Parcélio e minha querida bisavó Adélia, apesar de já terem falecido, sei que alguma parte deles sempre viverá em mim.

Sou grato aos meus familiares, por serem a base da minha vida social, sempre presentes e próximos, independente do momento ou fase, muito de quem eu sou passa pela família que tenho.

Às minhas amizades de infância, de colégio, de times e da faculdade, os nossos momentos de brincadeira e palhaçada são importantes para lembrar que, independente dos obstáculos, a vida deve estar sempre mais próxima da comédia do que da tragédia.

Ao meu grupo de turma e ao Sem Recurso FC, que pelo companheirismo e colaboração, conseguimos de forma divertida, mas suada, vencer os obstáculos e desafios do mundo acadêmico.

Aos meus mestres, do ensino infantil, do ensino fundamental, do ensino médio e da graduação, cada um de vocês me ensinou algo valioso. Neste momento, em especial às minhas orientadoras: Ana Cláudia Pinho e Manuela Bitar, as quais foram essenciais na construção deste trabalho, assim como o meu brilhante amigo Marcus Miranda, o qual foi o intermédio para que eu obtivesse orientação dessas duas referências paraenses do Direito Penal. Meus professores e mestres, recebam os agradecimentos deste eterno aluno!

A todos vocês, muito obrigado!

RESUMO

O presente trabalho analisa criticamente a prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro à luz da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. A pesquisa tem como objetivo principal investigar em que medida a aplicação prática da prisão preventiva, marcada por abusos, fundamentações genéricas e desrespeito ao caráter excepcional da medida, afronta os princípios garantistas e as garantias constitucionais consagradas pela Constituição Federal de 1988. Para tanto, adota-se metodologia de natureza qualitativa, baseada em revisão bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros, análise normativa e estudo jurisprudencial comparado, com especial atenção às decisões dos tribunais superiores em contraste com as instâncias inferiores. Os resultados evidenciam que, apesar de o ordenamento jurídico prever a prisão preventiva como medida cautelar subsidiária e excepcional, a prática forense brasileira revela sua utilização como antecipação de pena, contribuindo para o superencarceramento e reforçando seletividades estruturais, sobretudo contra jovens, negros e pessoas em situação de vulnerabilidade social. Constata-se, ainda, que a doutrina garantista de Ferrajoli oferece um referencial teórico capaz de demonstrar a incompatibilidade de tais práticas com princípios como a legalidade estrita, a presunção de inocência, a necessidade do direito penal e o devido processo legal. Conclui-se, portanto, que a aplicação atual da prisão preventiva no Brasil configura uma ruptura com o modelo garantista e com os valores democráticos da Constituição de 1988, exigindo maior rigor na fundamentação judicial, controle das instâncias superiores e efetividade das garantias processuais.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Aplicação no Brasil Garantismo Penal. Luigi Ferrajoli. Constituição de 1988. Processo penal.

ABSTRACT

This paper critically analyzes preventive detention in the Brazilian legal system in light of Luigi Ferrajoli's theory of penal garantism. The main objective is to investigate to what extent the practical application of preventive detention, marked by abuses, generic reasoning, and disregard for its exceptional nature, violates the principles of garantism and the constitutional safeguards established by the 1988 Federal Constitution. The methodology adopted is qualitative, based on bibliographic review of national and foreign authors, normative analysis, and comparative jurisprudential study, with special attention to decisions of the higher courts in contrast to lower courts. The results show that, although the legal system provides for preventive detention as a subsidiary and exceptional measure, Brazilian judicial practice reveals its use as an anticipation of punishment, contributing to mass incarceration and reinforcing structural selectivity, especially against young, Black, and socially vulnerable individuals. It is also found that Ferrajoli's garantist doctrine offers a theoretical framework capable of demonstrating the incompatibility of such practices with principles such as strict legality, presumption of innocence, necessity of criminal law, and due process of law. It is therefore concluded that the current application of preventive detention in Brazil represents a rupture with the garantist model and with the democratic values of the 1988 Constitution, requiring greater rigor in judicial reasoning, control by higher courts, and effectiveness of procedural safeguards.

Keywords: Preventive detention. Brazilian application. Penal Garantism. Luigi Ferrajoli. 1988 Constitution. Criminal procedure.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO…… 8

2. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA PRISÃO PREVENTIVA ……...9

2.1 HISTÓRICO EUROPEU…….9

2.2 HISTÓRICO BRASILEIRO…….10

3. PRISÃO PREVENTIVA E REQUISITOS LEGAIS ……11

3.1 *FUMMUS COMMISSI DELICTI*……...11

3.2 *PERICULUM LIBERTATIS*……13

3.3 REVISÃO PERIÓDICA DE 90 DIAS……...15

4. O GARANTISMO PENAL EM LUIGI FERRAJOLI ……..16

5. GARANTISMO E A CF/88 ……..…….21

5.1 A RECEPÇÃO PELA CF DE 1988……...21

5.2 CONSTITUIÇÕES RÍGIDAS COMO SISTEMAS PROPÍCIOS AO GARANTISMO ……..24

6. CONTRASTE JURISPRUDENCIAL ENTRE OS STJ E OS TRIBUNAIS DE 1° GRAU……. …….25

7. CRÍTICAS GARANTISTAS……..29

7.1 CRÍTICAS AO INSTITUTO…….29

7.2 CRÍTICAS AO USO DETURPADO…….31

8. CONCLUSÕES FINAIS…….32

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS……34

1. Introdução.

A prisão preventiva é uma medida cautelar processual que, no ordenamento jurídico brasileiro, possui natureza excepcional e deve ser aplicada apenas diante de requisitos estritos, definidos pela legislação. Sua finalidade primordial é garantir a eficácia do processo penal, assegurando, entre outros objetivos, a ordem pública, a instrução criminal e a aplicação da lei penal. Contudo, na prática, o que se observa é a ampliação desmedida desse instituto, transformando-o em um instrumento de antecipação da pena, muitas vezes aplicado de forma automática, desprovida de fundamentação concreta e em afronta direta às garantias processuais constitucionais.

Essa realidade evidencia um distanciamento entre a norma jurídica ideal, que buscou respaldar-se nos pilares do Estado Democrático de Direito, e a prática forense brasileira, marcada por seletividade, arbitrariedade e superencarceramento. Nesse contexto, torna-se indispensável uma análise crítica da prisão preventiva à luz das teorias garantistas formuladas por Luigi Ferrajoli, especialmente em sua obra central *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Para Ferrajoli, o direito penal deve ser limitado por garantias rígidas que assegurem a racionalidade e legitimidade do poder punitivo estatal, evitando abusos e violações de direitos fundamentais.

O garantismo penal, em contrapartida, sustenta a ideia de um direito penal mínimo, subordinado a princípios como a legalidade estrita, a culpabilidade, a presunção de inocência, o devido processo legal e a proibição da antecipação de pena. Dentro dessa perspectiva, a prisão preventiva, ao privar o indivíduo de sua liberdade antes de uma condenação definitiva, revela-se como um instrumento extremamente delicado e problemático. Ferrajoli afirma categoricamente que qualquer forma de privação de liberdade antes do trânsito em julgado representa uma ruptura com o princípio da presunção de inocência e, portanto, uma violação estrutural das garantias fundamentais do acusado.

No caso brasileiro, os dados empíricos e os diagnósticos institucionais confirmam o cenário criticado por Ferrajoli. O último relatório da Secretaria Nacional de Políticas Penais(SENAPPEN) indica que cerca de 30% da população carcerária nacional é composta por presos provisórios, muitos dos quais sequer terão uma condenação ao final do processo. Essa estatística denuncia não apenas a banalização da prisão preventiva, mas também sua seletividade: a medida recai de forma mais dura sobre jovens, negros e pessoas em situação de

vulnerabilidade social, revelando um viés estrutural que compromete a isonomia e o ideal de justiça.

Desse modo, de que maneira a aplicação da prisão preventiva no Brasil, marcada por abusos e desvirtuamento de seu caráter excepcional, confronta os princípios do garantismo penal de Luigi Ferrajoli e as próprias garantias constitucionais previstas na Constituição Federal de 1988?

A presente pesquisa busca, portanto, refletir sobre a aplicação deturpada da prisão preventiva no Brasil a partir da lente do garantismo penal. Por meio de uma abordagem teórico-analítica, apoiada em dados oficiais, doutrina e jurisprudência, pretende-se demonstrar como a prática forense brasileira tem se afastado dos princípios garantistas e do próprio espírito constitucional, transformando a prisão preventiva em regra e comprometendo seriamente os fundamentos democráticos do processo penal.

2. Desenvolvimento histórico da Prisão Preventiva

2.1. Histórico europeu

Como dito antes, a prisão preventiva é uma medida cautelar de natureza excepcional, com raízes históricas profundas no desenvolvimento do processo penal inquisitório europeu. Nos sistemas jurídicos do Antigo Regime, a prisão antes do julgamento era uma prática comum, fundamentada na lógica da confissão como "rainha das provas" e na ideia de que o réu, antes de ser condenado, já era presumido culpado. No entanto, com o avanço dos ideais iluministas e da modernidade jurídica, sobretudo a partir das formulações de Cesare Beccaria no século XVIII, surgiu a necessidade de estabelecer limites ao poder de punir do Estado, inaugurando uma nova mentalidade processual baseada em garantias individuais.

> “Embora a prisão difira das outras penas, por dever necessariamente preceder a declaração jurídica do delito, nem por isso deixa de ter, como todos os outros castigos, o caráter essencial de que só a lei deve determinar o caso em que é preciso entregá-la. Assim, a lei deve estabelecer de maneira fixa, por que indícios de delito um acusado pode ser preso e submetido a interrogatório.”(BECCARIA, 2015, p. 30).

A prisão cautelar, então, passou a ser vista como medida de exceção, justificada apenas em situações absolutamente necessárias para resguardar a eficácia do processo penal. Posteriormente, na tradição romanogermânica, especialmente após as codificações penais do século XIX, houve uma progressiva regulamentação da prisão preventiva, inserindo-a no

campo das tutelas processuais, e não mais como expressão antecipada da sanção penal. Como destaca Claus Roxin:

> "Com as codificações penais do século XIX, sobretudo sob influência do *Code d'Instruction Criminelle* francês de 1808, a prisão preventiva passou a ser configurada como medida cautelar de caráter processual, vinculada à necessidade de assegurar a presença do acusado no processo, e não mais como antecipação da pena ou instrumento de defesa social." (ROXIN, 1998, p. 112)

2.2 Histórico Brasileiro.

No Brasil, foi a Proclamação da República e a promulgação do Código Penal de 1890, que representaram a primeira tentativa de sistematizar as hipóteses de prisão cautelar. Ainda assim, a prisão preventiva no Código de 1890 era admitida de forma ampla, carecendo de parâmetros normativos mais rígidos, o que favorecia a banalização de sua decretação (NUCCI, 2022). De modo que, tal movimento somente consolidou-se com a promulgação do Código de Processo Penal em 1941.

Destarte, o Código de Processo Penal de 1941, ainda vigente com diversas reformas, solidificou a prisão preventiva como medida cautelar, estabelecendo hipóteses específicas em seus artigos 311 a 316. Contudo, conforme ensina Aury Lopes Jr., "o CPP de 1941, elaborado em pleno Estado Novo, traz em sua essência uma concepção autoritária, atribuindo ao juiz largo espaço discricionário para a decretação da prisão preventiva, em consonância com o ideário de controle social da época" (LOPES JR., 2021, p. 967). Imaculado pela força política que o promulgou, o CP de 1941, apesar de consolidar a natureza cautelar da prisão preventiva, trouxe vícios consigo, os quais resultaram em sucessivas alterações legislativas, a fim de tentar corrigi-los. Assim, ao longo do século XX, a prática da prisão preventiva permaneceu marcada por abusos e arbitrariedades.

Se por um lado, foi uma força política autoritária que contaminou o código de 1941, por outro lado, coube ao novo poder constituinte curar tais vícios no ordenamento pátrio. Visto que, a Constituição Federal de 1988, do ponto de vista normativo jurídico, representou um divisor de águas ao afirmar, no art. 5º, inciso LVII, o princípio da presunção de inocência, concedendo força constitucional a essa garantia e restringindo a possibilidade de utilização da prisão antes do trânsito em julgado. Entretanto, mesmo após a Carta de 1988, a prática da prisão preventiva permaneceu marcada por abusos e arbitrariedades, como observa Aury Lopes Jr., "o que deveria ser exceção transformou-se em regra, revelando uma cultura

autoritária e punitivista que sobreviveu ao texto constitucional" (LOPES JR., 2021, p. 973). Transparecendo, então, um persistente contraste entre a prática forense judicial e o ordenamento jurídico nacional.

Como reflexo disso, novas reformas legislativas buscaram restringir e regulamentar o uso das prisões cautelares, destacando-se as reformas de 2011 e a Lei n.º 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Todavia, a prática forense ainda demonstra um padrão autoritário herdado do modelo inquisitório, no qual a prisão antes da condenação continua a ser utilizada de forma ampla e, muitas vezes, desprovida da devida fundamentação.

3. Prisão Preventiva, seus fundamentos e requisitos.

Destaca-se que a prisão preventiva é modalidade de prisão cautelar que pode ser decretada pelo juiz, a qualquer momento da investigação policial ou do processo penal, por requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou ainda, por representação da autoridade policial (art. 311 do CPP). Isso, somente, caso estejam presentes e, concretamente, indicados os seus pressupostos, os quais são as provas da existência do crime e os indícios suficientes de autoria, além dos seus objetivos legais que fundamentam o instituto, sendo estes a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para garantir a aplicação da lei penal. (art. 312 do CPP).

> **Código de Processo Penal:**
>
> Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.
>
> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.(...)
>
> Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.
>
> Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

3.1 Fumus commissi delicti.

O fumus commissi delicti é a provável ocorrência de um delito e o pressuposto de toda medida cautelar coercitiva no processo penal. Conforme dispõe a última parte do art. 312 do CPP, o juiz apenas poderá decretar a prisão preventiva se demonstrar tanto a prova da existência do crime, quanto o indício suficiente de autoria. Aury Lopes Jr. define o requisito da seguinte forma: *"fumus commissi delicti é a plausibilidade do direito de punir, traduzida na prova da existência do delito e em indícios suficientes de autoria"* (LOPES JR., 2021, p. 971). Em relação à prova da existência do crime, a decretação da prisão preventiva necessita de um juízo de probabilidade, uma vez que, em sede de cautelar, não seria plausível tratar de juízo de certeza, o qual reserva-se à fase de sentença, após, portanto, a produção do acervo probatório sob o crivo da ampla defesa e do contraditório.

No entanto, conforme expõe, novamente, Lopes Jr (2011, p. 66-68), tal probabilidade trata-se de uma probabilidade razoável e *"significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhante ao vero, verdadeiro), de todos os requisitos e positivos e, por consequência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito"*. Assim, a existência desses requisitos positivos é constatada pela prova de que a conduta seja aparentemente típica, ilícita e culpável, ao passo que a inexistência dos requisitos negativos verifica-se pela ausência, também aparente, excludentes de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade etc.) ou, mesmo, de causas excludentes de culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa, erro de proibição...).

A respeito da autoria, o Código de Processo Penal traz a exigência de "indícios suficientes". De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 233), quando o art. 312 do CPP fala em indício, não deve ser compreendida a palavra no sentido de prova indireta, prevista no art. 239 do CPP ("Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias"), mas sim no sentido de "uma prova semiplena, ou seja, aquela com menor valor persuasivo". Estabelece o presente autor:

> "Não se pode confundir o indício, que é sempre um dado objetivo, em qualquer de duas acepções (prova indireta ou prova semiplena), com a simples suspeita, que não passa de um estado de ânimo. O indício é constituído por um fato demonstrado que autoriza a indução sobre outro fato ou, pelo menos, constitui um elemento de menor valor; a suspeita é pura intuição, que pode gerar desconfiança, dúvida, mas também conduzir ao engano." (LIMA, 2011, p. 233).

Dessarte, ainda que não demande um juízo de certeza sobre a autoria, exige-se, ao menos, uma probabilidade considerável, ao ponto de convencer o julgador de que realmente

foi o acusado o autor da infração. Assim, o fumus commissi delicti opera como uma garantia processual, pois impede que a prisão preventiva seja decretada com base em meras presunções, assegurando, ao menos no mundo jurídico, que a medida cautelar esteja sustentada em um mínimo de lastro probatório. Ele deveria constituir, portanto, o primeiro filtro para legitimar a excepcionalidade da prisão preventiva no Estado Democrático de Direito.

3.2 Periculum libertatis

O periculum libertatis consiste no perigo oriundo do imputado estar em liberdade, sendo o próprio fundamento das medidas cautelares, consubstanciado numa das quatro hipóteses previstas pelo art. 312 do CPP: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) garantia de aplicação da lei penal; d) conveniência da instrução criminal.

Ressalta-se que, apesar de não ser necessária a presença concomitante de todos esses fundamentos, bastando estar presente um único deles, frequentemente o juiz identifica a presença de mais de um fundamento, como a a necessidade da custódia para a garantia da ordem pública e para a conveniência da instrução. Nesses casos, torna-se necessário pontuá-los, de forma isolada, em sua decisão. Desse modo, além de conferir maior legitimidade ao decreto prisional, tornar-se-á possível a manutenção da prisão preventiva, nos casos de impetração de habeas corpus, em que o juízo *ad quem* reconheça ao menos a existência de um dos fundamentos. (LIMA, 2011, p. 234).

Adentrando as quatro hipóteses, a conveniência da instrução criminal, como fundamento da prisão preventiva, visa evitar que o réu atue como estorvo para o andamento do processo, seja pela destruição do material probatório, intimidação de testemunhas, etc. Nessa hipótese fundamentadora, há a busca pela garantia da livre produção de provas, não permitindo que o agente obstrua à busca da verdade processual, de tal modo que "havendo indícios de intimidação ou aliciamento de testemunhas ou peritos, de supressão ou alteração de provas ou documentos, ou de qualquer tentativa de turbar apuração dos fatos e o andamento da persecução criminal, será legítima a adoção da prisão preventiva" (LIMA, 2011, p. 249).

Apesar de clara a ideia do legislador ao estabelecer tal hipótese, a doutrina é certeira em criticar a vagueza do termo "conveniência", sendo este muito aberto, o que concede vasta margem de discricionariedade no momento de sua aplicação, não compatibilizando-se com as

características e princípios de excepcionalidade e proporcionalidade, que configuram as modalidades de prisão cautelar. Conclui-se, portanto, que a decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução não pode estar vinculada à mera concordância cognitiva do juiz sobre a "conveniência", mas sim, deve estar respaldada pela existência de risco efetivo e concreto ao bom andamento da fase instrutória.

Outrossim, a prisão preventiva, quando fundamentada na conveniência da instrução criminal, somente justifica-se enquanto perdurar a fase instrutória. Assim, concluída a coleta das provas – como no caso do término do depoimento de uma testemunha que alegadamente estaria sob ameaça – cabe ao juiz revogar a medida cautelar de privação de liberdade, em conformidade com o disposto nos arts. 316 e 282, § 5º, do Código de Processo Penal.

Partindo para outra hipótese, a prisão preventiva voltada à garantia da aplicação da lei penal tem por finalidade evitar a fuga do acusado, assegurando a execução da pena eventualmente fixada. Trata-se, portanto, de uma medida que visa preservar a eficácia da sentença e impedir que o réu se furte ao *jus puniendi* estatal. Nesse sentido, sua decretação se justifica diante de elementos concretos que indiquem a intenção de o acusado evadir-se do distrito da culpa, encontrando respaldo quando o réu tenta ausentar-se do distrito da culpa ou adota atitudes concretas que evidenciem a intenção de furtar-se à persecução penal (NUCCI, 2022).

Outrossim, tal modalidade de prisão cautelar não pode ser decretada com base em simples conjecturas, devendo haver elementos objetivos que demonstrem o perigo concreto de frustração da aplicação da lei penal. Além disso, deve frisar-se que a prisão preventiva, nessa hipótese, só é legítima quando evidenciado que nenhuma medida cautelar alternativa prevista no art. 319 do CPP seria suficiente. Desse modo, destaca-se que a possibilidade de fuga do acusado não pode ser presumida de forma abstrata, nem deduzida a partir da gravidade do crime ou de meras conjecturas. Para que se justifique a prisão preventiva, é necessário que exista um risco efetivo e demonstrado, baseado em elementos concretos do caso.

Por fim, a ordem pública, no contexto de fundamento para a decretação da prisão preventiva, é, talvez, a hipótese mais polêmica e criticada pela doutrina. Isso porque o conceito de "ordem pública" é notoriamente vago, permitindo interpretações amplas e, muitas vezes, arbitrárias.

Segundo Aury Lopes Jr. (2023, p. 1217), a ordem pública é uma "cláusula geral, indeterminada e de difícil definição", o que abre espaço para decisões judiciais sustentadas em percepções subjetivas do julgador. Para o autor, esse fundamento "tem sido usado como justificativa simbólica, sustentada na gravidade abstrata do delito, o que viola frontalmente o princípio da presunção de inocência". Em linha semelhante, Tourinho Filho critica a vagueza do instituto ao afirmar que "a ordem pública não pode ser confundida com o clamor social, nem com o sentimento de insegurança gerado por determinado crime" (TOURINHO FILHO, 2012, v. 3, p. 597). Ou seja, o simples fato de o delito ser grave ou causar comoção social não legitima, por si só, a privação cautelar da liberdade.

A jurisprudência brasileira, entretanto, muitas vezes ainda sustenta a prisão preventiva com base nesse fundamento, valendo-se da suposta necessidade de preservar a paz social. Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2022, p. 934) observam que a invocação da ordem pública, na prática, costuma se confundir com a ideia de periculosidade do agente ou de "risco de reiteração criminosa". Para os autores, isso implica transformar a prisão cautelar em um instrumento de neutralização preventiva, aproximando-a perigosamente de uma antecipação de pena.

Por isso, grande parte da doutrina defende a restrição interpretativa desse fundamento, sustentando que a prisão preventiva pela ordem pública somente deve ser admitida quando baseada em dados concretos que demonstrem risco real e atual de que o investigado volte a delinquir. Caso contrário, a medida converte-se em um mecanismo inconstitucional de punição antecipada, também incompatível com o garantismo penal. Dessa forma, o que a doutrina majoritária indica é que a "garantia da ordem pública" não pode ser um cheque em branco para a decretação da prisão preventiva. Ao contrário, deve ser entendida de maneira estrita, vinculada a fatos objetivos que evidenciem risco à sociedade caso o acusado permaneça em liberdade, sob pena de violação ao devido processo legal e ao princípio da excepcionalidade das prisões cautelares.

3.3 Revisão Periódica de 90 dias.

O Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) promoveu mudanças relevantes no Código de Processo Penal. No que tange à prisão preventiva, a principal inovação foi a inclusão do parágrafo único ao art. 316 do CPP, estabelecendo que "decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias,

mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal" (BRASIL, 2019). Nesse diapasão, explica Lopes Jr:

> "A inovação legislativa foi uma resposta necessária à cultura de manutenção automática das prisões cautelares, muitas vezes sem qualquer controle jurisdicional efetivo. A cada 90 dias o juiz ou tribunal deve reavaliar, por decisão fundamentada, a persistência dos requisitos da prisão preventiva, sob pena de ilegalidade da custódia. Essa previsão tem como objetivo evitar prisões prolongadas e sem controle, reafirmando a liberdade como regra e a prisão cautelar como medida excepcional." (LOPES JR, 2023, p. 1228).

Posto isso, tal previsão reforça o caráter excepcional e temporário da prisão preventiva, garantindo que sua legalidade seja periodicamente reavaliada pelo magistrado. A revisão periódica impede que a custódia seja mantida de forma indefinida sem análise concreta da necessidade da medida.

No mesmo sentido, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2022, p. 940) explicam que a regra atua como uma barreira contra o prolongamento abusivo da prisão preventiva, funcionando como mecanismo de proteção da liberdade, sem prejuízo da persecução penal. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 6.582, firmou entendimento de que a não realização da revisão periódica não gera soltura automática, mas pode configurar ilegalidade da prisão, a ser corrigida pelo tribunal competente (STF, ADI 6.582, Rel. Min. Edson Fachin, j. 15/10/2020).

> "A exigência de reavaliação periódica da prisão preventiva não implica, por si só, a revogação automática da medida, mas impõe ao Judiciário a obrigação de fundamentar de maneira específica a necessidade de sua manutenção. A ausência desse controle periódico configura ilegalidade da prisão, pois desnatura a sua natureza cautelar, transformando-a em antecipação indevida da pena."
> (STF, ADI 6.582, j. 15/10/2020).

Entretanto, apesar da importância dessa alteração legislativa, ainda persistem problemas em sua aplicação prática, visto que, muitas vezes, a revisão periódica é realizada de forma meramente formal, sem análise efetiva da persistência dos requisitos da prisão, o que compromete o alcance garantista da inovação. Assim, ainda que o dispositivo represente um avanço legislativo, sua efetividade depende de uma mudança cultural na prática judicial, sendo o estudo do Garantismo Penal, uma forma de modificar a perspectiva punitivista do direito processual penal e das sua finalidades.

4. O Garantismo Penal em Luigi Ferrajoli.

Luigi Ferrajoli, nascido em Florença, em 1940, é considerado um dos maiores expoentes contemporâneos da filosofia do direito e da teoria do processo penal. Ex-magistrado e atualmente professor, sua principal contribuição para o pensamento jurídico encontra-se na obra *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*, publicada em 1989, na qual apresenta de forma sistemática os fundamentos de sua teoria garantista. Deve-se lembrar que Ferrajoli insere-se em uma tradição de pensamento que remonta ao Iluminismo europeu do século XVIII, período em que surgiram as primeiras críticas sistemáticas aos abusos do poder estatal e às arbitrariedades da justiça criminal. Conforme sinaliza, seu pupilo e sucessor da cátedra na Universidade de Roma Tre, Dario Ippolito:

> Em *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Ferrajoli desenvolve um diálogo fictício com esta tradição cultural, redescobrindo-a na sua plena significação garantista. Basta voltar o olhar aos capítulos da obra dedicados ao processo penal para ponderar o valor da lição do iluminismo, que em oposição ao processo do passado, baseado na prisão preventiva, no segredo e na forma escrita da instrução probatória, na posição de inferioridade da defesa em relação à acusação, na união dos órgãos requerentes e judicantes, concebe um modelo processual antitético por natureza e conotação fundamental: estruturado sobre a presunção de inocência e a liberdade pessoal do imputado, sobre a publicidade e a oralidade do rito, sobre a paridade e o contraditório entre as partes, sobre a imparcialidade do juiz e sua atuação como terceiro não interessado (terzietà), sobre a colegialidade do órgão julgador. (IPPOLITO, 2011, p.37).

O movimento iluminista trouxe a noção de que o direito penal deveria ser pautado pela racionalidade, pela limitação do poder punitivo e pela proteção da liberdade individual. Nesse contexto, Cesare Beccaria, em sua obra *Dos delitos e das penas*, de 1764, formulou princípios que ainda hoje ressoam no garantismo penal, como a defesa da legalidade estrita, da proporcionalidade das penas e da proibição da tortura. Não é por acaso que Ferrajoli reconhece no pensamento de Beccaria um de seus marcos fundadores, pois, como afirma: "sem o princípio da legalidade penal, formulado pela primeira vez no Iluminismo, não há limites racionais para o exercício do poder punitivo" (FERRAJOLI, 2006, p. 41).

Essa herança iluminista é central no garantismo penal, que se constrói sobre a convicção de que o poder deve ser contido por normas racionais e universais. Montesquieu, ao propor a separação dos poderes, e Rousseau, ao formular a noção de contrato social, influenciaram a ideia de que o Estado deve existir para servir ao cidadão, e não para subjugar suas liberdades.

Para Ferrajoli (2002), o sistema penal deve operar com base em dez axiomas fundamentais:

Dez axiomas do garantismo penal:

A1 Nulla poena sine crimine; A2 Nullum crimen sine lege; A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate; A4 Nulla necessitas sine injuria; A5 Nulla injuria sine actione; A6 Nulla actio sine culpa; A7 Nulla culpa sine judicio; A8 Nullum judieium sine accusatione; A9 Nulla accusatio sine probatione; A1O Nulla probatio sine defensione. (FERRAJOLI, 2002, p. 74).

Com base nesses dez axiomas, Ferrajoli extrai princípios essenciais para a manutenção das garantias penais e processuais que servem para limitar o poder punitivo do Estado e assegurar os direitos dos indivíduos no processo penal. Cada um desses princípios está ligado a uma garantia penal ou processual, garantindo que a atuação do sistema de justiça seja justa, proporcional e respeitosa aos direitos fundamentais. O jurista italiano, então, reelabora esses princípios estruturando um modelo de direito penal mínimo que coloca o princípio da legalidade como seu eixo central. Em suas palavras:

> "O princípio da legalidade, expresso na fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*, representa não apenas um limite formal, mas um verdadeiro baluarte contra o arbítrio, impondo que todo poder punitivo seja previamente previsto por normas gerais e abstratas. A legalidade é, assim, a primeira e fundamental garantia do cidadão frente ao Estado" (FERRAJOLI, 2006, p. 45).

Para Ferrajoli, portanto, a legalidade é mais que uma regra técnica: é a base de um sistema de garantias que visa impedir abusos. Trata-se de um elo entre o pensamento iluminista e o constitucionalismo contemporâneo. Como observa Dario Ippolito, "o garantismo de Ferrajoli recupera o espírito iluminista de Beccaria e Montesquieu, mas o reconstrói a partir da experiência constitucional do pós-guerra, ampliando o princípio da legalidade para além do campo penal e transformando-o em fundamento de um Estado democrático de direito" (IPPOLITO, 2010, p. 63).

Tal ligação com o princípio da legalidade não se dá apenas no âmbito penal estrito, mas também na concepção mais ampla de um sistema jurídico que se compromete com os direitos fundamentais. Nesse aspecto, o Garantismo se distancia de perspectivas meramente utilitaristas do direito penal, reafirmando o valor da legalidade como cláusula de contenção da violência institucional. Conforme explica, Ana Cláudia Pinho, referência nacional no estudo garantista: "para Ferrajoli, a legalidade não é apenas uma técnica de validade normativa, mas uma garantia política e jurídica, cuja finalidade é assegurar previsibilidade, igualdade e controle sobre o exercício do poder punitivo" (PINHO, 2020, p. 4).

Essa postura de defesa da legalidade estrita é especialmente relevante em tempos de discursos de endurecimento penal e flexibilização de garantias processuais. Ao contrário do

senso comum punitivista, que enxerga no direito penal um instrumento de combate imediato à criminalidade, Ferrajoli insiste na necessidade de preservar a racionalidade jurídica herdada do Iluminismo. Sob essa linha racional, o ex-magistrado florentino diz que:

> "Um sistema penal sem legalidade é puro exercício da força. É apenas no respeito às garantias, construídas a partir do Iluminismo e consagradas no constitucionalismo, que o poder punitivo encontra legitimidade. Fora disso, temos arbitrariedade e violência estatal" (FERRAJOLI, 2006, p. 50).

Com isso, o garantismo penal se revela como uma herança viva do pensamento iluminista, não apenas repetindo suas lições, mas adaptando-as às exigências atuais de sociedades complexas e democráticas. A centralidade do princípio da legalidade mostra como Ferrajoli reconstrói criticamente o legado de Beccaria e Montesquieu, reforçando que a democracia só se sustenta quando os direitos fundamentais são efetivamente respeitados e quando o poder punitivo é rigidamente limitado.

Além do principal axioma garantista(legalidade), há outros que constroem essa tese jus-filosófica, dentre os mais pertinentes ao tema, destacam-se 4 princípios: 1) O princípio da *retributividad*e da pena em relação ao delito, o qual estabelece que a pena deve estar vinculada ao delito cometido, ou seja, não pode haver sanção sem que antes tenha ocorrido um crime. Ele se opõe à ideia de punição preventiva ou por mera periculosidade, situação que comumente ocorre no abuso da decretação de prisões preventivas; 2) O princípio da *necessidade* do direito penal, defendendo que o direito penal deve ser usado apenas quando estritamente necessário, não existindo outro meio eficaz. Diante do cenário tratado na pesquisa, a análise desse princípio torna-se imprescindível, tendo em vista que, a prisão preventiva, trata-se de uma exceção ao princípio da presunção de inocência, assim, sua decretação só deve acontecer quando houver, de fato, a necessidade da aplicação desse instituto; 3) O princípio da *jurisdicionariedade*, sustentando que nenhuma pena pode ser aplicada sem o devido processo legal, portanto, nenhuma espécie de prisão cautelar deve ser usada como premeditação da pena ou espécie de punição, mas como uma ferramenta em prol do processo legal, respeitando as garantias individuais; 4) Por fim, o princípio do ônus da verificação da prova, o qual responsabiliza a acusação pela produção da prova de culpa, e não ao réu provar sua inocência, destarte, em casos nos quais impera a dúvida, deve-se decidir a favor do acusado *(in dubio pro reo)*.

> "A legalidade, a necessidade, a lesividade, a culpabilidade, o devido processo, a acusação, a prova e a defesa constituem vínculos racionais e normativos que, ao mesmo tempo, conferem legitimidade ao poder punitivo e estabelecem seus limites

> intransponíveis. Sem essas garantias, não há Estado de Direito, mas apenas exercício arbitrário da força" (FERRAJOLI, 2006, p. 34).

O movimento garantista, portanto, se caracteriza por sua dupla função: proteger a sociedade contra delitos e, paralelamente, proteger o indivíduo contra o arbítrio estatal. Como explica Dario Ippolito, "o garantismo penal deve ser compreendido como um modelo racional que busca submeter o poder punitivo a um conjunto de princípios constitucionais rígidos, impedindo que o Estado atue de forma ilimitada e discricionária em matéria penal" (IPPOLITO, 2010, p. 57). Essa perspectiva crítica afasta qualquer concepção meramente instrumental do direito penal, concebendo-o como mecanismo de tutela das liberdades.

Desse modo, o Garantismo Penal trata-se de uma construção teórica que busca racionalizar e limitar o poder punitivo estatal a partir de princípios constitucionais e direitos fundamentais, inserindo-se no âmbito de um Estado Democrático de Direito. Adentrando tal cenário, o direito penal deve ser mínimo, ou seja, deve intervir apenas quando estritamente necessário e sempre em conformidade com princípios constitucionais e processuais que protejam os indivíduos contra arbitrariedades. Sob essa perspectiva, o garantismo penal é apresentado como um modelo normativo e crítico, voltado não apenas para a validade formal das normas, mas também para a efetividade dos direitos. Como resume o próprio Ferrajoli: "o garantismo é, ao mesmo tempo, uma teoria do direito, uma filosofia política e uma técnica jurídica de limitação do poder punitivo do Estado, estruturada por meio de vínculos racionais e normativos" (FERRAJOLI, 2006, p. 18).

A preocupação central de Ferrajoli consiste em estabelecer parâmetros de contenção da violência estatal, uma vez que o direito penal, além de instrumento de controle social, pode converter-se em veículo de abuso e arbítrio. Daí decorre a ideia de que a função primordial do processo penal é proteger os indivíduos não apenas contra a criminalidade, mas também contra os excessos do próprio Estado. Nas palavras de Ana Cláudia Pinho, referência nacional no pensamento garantista, "para Ferrajoli, mais importante do que evitar crimes é evitar a violência advinda do próprio Estado, com penas e processos arbitrários, ilegítimos e desproporcionais" (PINHO, 2020, p 3). Tal visão traduz a essência do garantismo: a defesa das liberdades individuais frente ao poder punitivo.

Outro ponto essencial da teoria ferrajoliana é a distinção entre validade e efetividade. Ferrajoli sustenta que o direito não deve ser analisado apenas sob o prisma de sua validade formal, mas também a partir de sua realização prática. Nesse sentido, um sistema jurídico só

pode ser considerado legítimo quando os direitos fundamentais, mesmo que formalmente previstos, se materializam no plano concreto. Como afirma o autor: “as garantias não são meras proclamações formais, mas exigências concretas de realização, sob pena de degeneração do Estado de Direito em um sistema puramente nominal” (FERRAJOLI, 2006, p. 52).

A atualidade da teoria do garantismo penal torna-se ainda mais evidente diante do recrudescimento de discursos punitivistas e de tendências legislativas voltadas para a flexibilização de direitos fundamentais. Ao propor um modelo de direito penal mínimo, Ferrajoli não ignora a necessidade do direito penal, mas insiste em que este deve ser ultima ratio, reduzido ao indispensável e sempre balizado pelos princípios garantistas. Como observa Ana Cláudia Pinho: “Ferrajoli se afasta tanto do abolicionismo quanto do expansionismo penal, sustentando que o direito penal deve existir, mas sob condições rigorosas e controladas por garantias inafastáveis” (PINHO, 2020, p. 5).

Dessa forma, a teoria do garantismo penal se revela não apenas como um corpo doutrinário, mas como um paradigma crítico e normativo que orienta a atuação do direito penal e processual penal no Estado democrático. Ela impõe ao legislador, ao juiz e às instituições jurídicas um conjunto de limites formais e materiais, de modo a impedir que o poder punitivo se converta em instrumento de opressão. Nas palavras de Ferrajoli: “a legitimidade do poder punitivo reside não em sua eficácia repressiva, mas em sua submissão estrita às garantias constitucionais que o definem e o limitam” (FERRAJOLI, 2006, p. 60).

Assim, Luigi Ferrajoli assume posição central na filosofia jurídica contemporânea ao formular uma teoria que coloca o indivíduo e suas liberdades no centro da racionalidade penal. Sua proposta garantista representa não apenas uma técnica de contenção do poder, mas sobretudo um projeto político e filosófico de defesa da democracia e dos direitos fundamentais.

5. O Garantismo e a CF/88.

5.1 A recepção do Garantismo pela CF de 1988.

Apesar do Garantismo de Ferrajoli ser considerado uma doutrina estrangeira, seus princípios e ensinamentos encontram morada no texto da Magna Carta:

Constituição Federal de 1988:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
>
> II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)
>
> XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (...)
>
> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (...)
>
> LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Pelo disposto acima, ao defender a legalidade, a presunção de não culpabilidade, as garantias individuais e o devido processo legal, observa-se que o poder constituinte originário, em ressonância ao garantismo, adotou a decisão política de proteger os inocentes em detrimento de uma defesa social preventiva e pragmática.

Ademais, é nítida a harmonia entre os axiomas garantistas com o art. 5º, por exemplo, o inciso LVII, da Constituição Federal, que consagra a presunção de não culpabilidade, ao dispor que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". De modo que, a violação desse princípio, como ocorre em diversas prisões cautelares injustificadas, representa a antecipação de uma pena sem observação do devido processo legal. Outrossim, a manutenção de tais prisões sem fundamentação adequada acaba por ferir, também, o princípio do ônus da prova que determina que é a acusação quem deve provar a culpa do réu, sendo vedado transferir esse fardo à defesa. Sendo tal princípio imprescindível, uma vez que sustenta e concretiza o direito à presunção de inocência.

Perpendicularmente, o princípio da necessidade estabelece que o direito penal deve ser utilizado como último ratio, apenas quando outras medidas menos gravosas forem insuficientes para a tutela do bem jurídico ameaçado. Tal entendimento encontra-se intimamente ligado ao art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, que determina que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Isso significa que qualquer medida penal, inclusive a prisão preventiva, deve obedecer aos critérios da proporcionalidade e da estrita necessidade, sob pena de configurar abuso de poder.

Além disso, o princípio da jurisdicionariedade impõe que apenas uma autoridade judicial imparcial, através de um processo regular, pode aplicar penas ou medidas restritivas de liberdade, exigência também consagrada no art. 5º, inciso LIV, que reafirma a centralidade

do juiz imparcial como garantidor dos direitos fundamentais do acusado. A ausência de um processo regular, conduzido sob as regras do contraditório e da ampla defesa, representa uma grave ofensa ao Estado Democrático de Direito almejado pelo constituinte.

Por fim, em relação ao princípio da legalidade, o constituiu-se como um dos pilares estruturantes do Estado Democrático de Direito, encontrando sede expressa na Constituição Federal de 1988, especialmente no artigo 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais. O inciso II estabelece que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (BRASIL, 1988), consagrando a legalidade em sua dimensão geral, aplicável a todas as esferas da vida social. Já o inciso XXXIX determina que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (BRASIL, 1988), positivando de forma explícita o princípio penal da legalidade, na fórmula clássica *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*.

A Constituição de 1988, ao consagrar essas disposições no catálogo dos direitos fundamentais, reafirma uma opção garantista clara, aproximando-se da concepção ferrajoliana de limitação do poder punitivo. Para Ana Cláudia Pinho, "o garantismo foi plenamente recepcionado pela Constituição Federal, que, em seu art. 5º, instituiu um verdadeiro sistema de contenção do arbítrio estatal, erigindo a legalidade penal como cláusula pétrea e inafastável" (PINHO, 2020, p. 4).

Assim, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 internaliza de forma plena o paradigma garantista, ao impor ao Estado não só a obrigação de respeitar a legalidade em sua dimensão formal, mas também de assegurar que o direito penal opere como *ultima ratio*, submetido a limites constitucionais rígidos. O art. 5º, incisos II e XXXIX, portanto, representam a positivação brasileira daquilo que Ferrajoli chama de "primeiro nível de garantias", sem o qual não se pode falar em Estado de Direito.

Desse modo, percebe-se que os princípios garantistas formulados por Ferrajoli são não apenas compatíveis, mas essenciais para a efetiva concretização dos valores constitucionais brasileiros, pois fornecem os instrumentos teóricos e jurídicos necessários para limitar o uso abusivo da prisão cautelar e assegurar que o sistema penal atue dentro dos marcos do Estado Democrático de Direito. Portanto, uma vez que a Constituição Brasileira trata-se de um exemplo de constituição rígida, modelo no qual as normas constitucionais exigem um rito mais rigoroso do que as ordinárias e, logo, sendo superiores hierarquicamente a estas, a

doutrina de Ferrajoli mostra-se como um modelo filosófico capaz de utilizar as normas constitucionais como um filtro capaz de frear abusos ilegais, e até mesmo os "legais"(aqueles fundamentados em dispositivos infraconstitucionais), mas que não gozam de constitucionalidade.

5.2 Constituições Rígidas como sistemas propícios ao Garantismo.

Ademais, a teoria do garantismo penal formulada por Luigi Ferrajoli está intrinsecamente vinculada ao modelo de Estado Constitucional de Direito, especialmente nos países que adotaram constituições rígidas, como o Brasil. Uma constituição rígida é aquela que ocupa posição de supremacia normativa em relação às demais leis, exigindo um processo legislativo mais dificultoso para sua alteração, e funcionando como parâmetro de validade para toda a ordem jurídica. Nesse cenário, a doutrina garantista encontra o terreno fértil para a sua aplicação, uma vez que pressupõe a existência de limites constitucionais ao exercício do poder punitivo.

Ferrajoli (2006) observa que a legalidade penal, em Estados com constituições rígidas, não se esgota na lei ordinária, mas deve ser constantemente confrontada com os valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade e a presunção de inocência. Isso significa que a legalidade penal se converte em uma legalidade "constitucionalizada", de modo que "a validade da lei penal não depende apenas de sua regularidade formal, mas também da sua compatibilidade substancial com os princípios constitucionais" (FERRAJOLI, 2006, p. 43).

Assim, países como o Brasil, a Itália, a Alemanha e a Espanha, que possuem constituições rígidas e catálogos amplos de direitos fundamentais, apresentam condições ideais para o desenvolvimento e aplicação do garantismo. Dario Ippolito (2010) sublinha que o constitucionalismo contemporâneo, do qual o garantismo é uma das expressões mais consistentes, "não reconhece à lei um valor absoluto, mas submete sua legitimidade à compatibilidade com a Constituição, que se torna fonte suprema e critério último de validade jurídica" (IPPOLITO, 2010, p. 75).

Em termos práticos, isso significa que a teoria garantista serve como uma forma de "filtragem constitucional" das leis penais, impedindo que dispositivos aprovados pelo legislador infrinjam direitos fundamentais. Em países de constituição rígida, como o Brasil, essa filtragem se opera pelo controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário,

especialmente pelas cortes constitucionais. Ana Cláudia Pinho (2020) destaca que a Constituição de 1988 recepcionou plenamente esse modelo, pois "transformou o catálogo de direitos fundamentais em uma verdadeira barreira contra o arbítrio legislativo e judicial, garantindo que o poder punitivo só se exerça dentro de limites estritos" (PINHO, 2020, p. 3).

A relação entre garantismo e constituições rígidas é, portanto, de mútua dependência. Por um lado, o garantismo só pode florescer em sistemas jurídicos que assegurem a rigidez e a supremacia da constituição; por outro, uma constituição rígida só cumpre sua função democrática plena quando é interpretada e aplicada de forma garantista, restringindo a arbitrariedade do poder estatal e preservando os direitos fundamentais dos indivíduos.

Contudo, ainda que materialmente presentes no ordenamento brasileiro, por muitas vezes, a atuação judicial brasileira, sobretudo nas instâncias iniciais, revela um constante conflito entre o poder judiciário e a plena aplicação dos princípios.

6) Contraste jurisprudencial entre o STJ e os Tribunais de 1° Grau.

Relembrando o que fora dito anteriormente, a prisão preventiva é medida cautelar pessoal excepcional, condicionada à presença concomitante de *fumus commissi delicti*, indícios de autoria, e *periculum libertatis* concreto, além da impossibilidade de substituição por medidas cautelares diversas (art. 319, CPP). Ademais, lembra-se que o §1º do art. 315 exige que o juiz explicite circunstâncias objetivas (tempo, modo, lugar, conduta) que demonstrem a necessidade da medida, vedando fundamentações vagas ou genéricas:

> **Código de Processo Penal:**
>
> Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.
>
> § 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.
>
> § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
>
> I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
>
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
>
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
>
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

> V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
>
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Portanto, a interpretação teleológica de tal lei, nos leva a perceber que o legislador visou conter a prática abusiva e assegurar a observância do princípio da presunção de inocência e do devido processo legal. Embora o ordenamento vigente — reforçado pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) — consolide a excepcionalidade, a subsidiariedade e o dever de fundamentação concreta (art. 315, CPP), a prática judiciária na 1ª instância e até mesmo nos seus respectivos tribunais, tem demonstrado, em larga escala, desvios que transformam a preventiva em antecipação de pena.

Conforme análise — com base na jurisprudência — vê-se que muitos decretos de prisão preventiva nas instâncias iniciais ostentam fundamentação genérica, invocando "gravidade abstrata" ou "garantia da ordem pública" sem individualizar perigos concretos, bem como ignoram prazos, contemporaneidade e alternativas legais. Em contrapartida, são apresentados precedentes das Cortes Superiores que identificaram e corrigiram tais vícios originários. Tais constatações podem ser exemplificadas pelo julgado abaixo:

> RECLAMAÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DE JULGADO DESTA CORTE QUE RECONHECEU A INIDONEIDADE DOS FUNDAMENTOS LANÇADOS PARA PRORROGAÇÃO DE PRISÃO TEMPORÁRIA. SUPERVENIENTE DECISÃO DE 1º GRAU QUE DECRETA PRISÃO PREVENTIVA, NOS AUTOS DO MESMO INQUÉRITO POLICIAL, VALENDO-SE DE IDÊNTICA MOTIVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO REFLEXO DE DECISÃO DESTE TRIBUNAL SUPERIOR. RECLAMAÇÃO PROCEDENTE.
>
> 1. Reputado ilegal, em julgado desta Corte, decreto que prorrogou prisão provisória com base em fundamentação tida como abstrata e inidônea, a superveniente decretação de prisão preventiva nos autos do mesmo inquérito policial reprisando idêntica motivação, a título de periculum libertatis, sem o acréscimo de novos fundamentos concretos, consubstancia descumprimento reflexo de ordem emanada deste Tribunal Superior.
>
> 2. Situação em que, em habeas corpus julgado por esta Corte, foi considerada ilegal a decisão que prorrogara a prisão provisória de marido e esposa investigados por suposta participação em homicídio qualificado, com amparo na suposição genérica de que os investigados poderiam destruir provas ou influenciar testemunhas, assim como na equivocada concepção de que, em afronta ao princípio constitucional nemo tenetur se detegere, estariam eles obrigados a entregar à autoridade policial evidência (seus aparelhos celulares) não encontrada em busca domiciliar autorizada judicialmente. Tendo em conta, também, que as investigações já se encontravam adiantadas, com a oitiva de diversas testemunhas, realização de perícias e cumprimento de mandados de busca e apreensão, além do fato de que os investigados, ambos primários com residência fixa e emprego lícito, se apresentaram voluntariamente à autoridade

> policial, foi concedida a ordem de ofício para revogar a prisão temporária dos ora reclamantes, mediante a aplicação das medidas cautelares constantes do art. 319, incisos I, III, IV, e do art. 320, ambos do Código de Processo Penal. No novo decreto de prisão preventiva, o magistrado de 1º grau voltou a aludir à possibilidade de interferência dos reclamantes em depoimentos de testemunhas e reafirmou que eles estariam ocultando seus aparelhos celulares em sua residência, mas sem apontar fato concreto apto a demonstrar que teriam agido de qualquer forma para interferir em depoimento de testemunhas ou para destruir provas ou opor obstáculo ilegítimo às investigações.
>
> 3. Em situações análogas, a Terceira Seção já reconheceu a existência de descumprimento reflexo de decisão emanada desta Corte quando nova decisão de 1º grau se ampara exclusivamente em fundamentos já considerados inidôneos em julgado deste Superior Tribunal de Justiça que examinara a mesma controvérsia, envolvendo as mesmas partes.
>
> Precedentes: Rcl 39.045/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2020, DJe 16/03/2020; Rcl 36.196/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2018, DJe 29/10/2018; Rcl 32.491/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 03/02/2017; Rcl 3.047/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 08/03/2012. Decisões monocráticas: RCL n. 42.646/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 08/02/2022; RCL n. 42.047/SP, Rel. Min. JESUÍNO RISSATO (Desembargador convocado do TJDFT), DJe de 10/09/2021; RCL n. 40.216/SP, Rel. Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, DJe de 12/06/2020; RCL n. 37.937/SP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJe de 02/10/2019.
>
> 4. Reclamação julgada procedente, para cassar a decisão que decretou a prisão preventiva dos reclamantes, determinando o cumprimento das medidas cautelares estabelecidas no Habeas Corpus n. 704.073/AM, sem prejuízo de futura decretação de prisão cautelar ancorada na gravidade concreta da conduta dos reclamantes e em fundamentos idôneos.
>
> (STJ — Rcl 42.857 / Terceira Seção (02/06/2022) Relator: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 27/04/2022, TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: 10/03/2022)

No referido julgamento, o STJ enfrentou a decretação de uma nova prisão preventiva expedida pelo juízo de primeiro grau após a Corte Superior já ter reconhecido, em habeas corpus anterior, a insuficiência dos fundamentos inicialmente invocados. O magistrado local, sem a apresentação de elementos fáticos novos, reiterou os mesmos argumentos de risco à instrução criminal e de possível interferência na produção probatória, acrescentando que os investigados não teriam entregado aparelhos de celular durante a fase investigativa. Contudo, como destacou o relator, tais circunstâncias não se revestiam da concretude exigida pela lei processual, tampouco se mostravam contemporâneas, visto que as investigações estavam substancialmente adiantadas, com a maioria das provas já produzidas.

A Corte ressaltou que “não se apontou fato concreto apto a demonstrar que os investigados tenham agido para interferir em depoimentos ou destruir provas” (STJ, Rcl 42.857/AM, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, j. 27 abr. 2022, DJe 29

abr. 2022). Ao identificar a ausência de novos fundamentos e a mera repetição dos elementos já reputados inidôneos em decisão anterior, o Tribunal considerou que houve verdadeiro descumprimento reflexo da decisão exarada no habeas corpus, configurando violação à autoridade das decisões do STJ. Diante disso, foi determinada a cassação da prisão preventiva, com a substituição da custódia por medidas cautelares diversas, em conformidade com o disposto no art. 319 do CPP, sem prejuízo de eventual nova decretação da prisão, desde que lastreada em fundamentos concretos e fatos supervenientes.

Depreende-se que no caso em suma, mesmo após a correção do vício cometido em 1ª instância, o STJ precisou corrigir novamente, um erro similar, desta vez, em relação a uma decisão judicial de 2ª Grau de jurisdição. Revelando que herança punitivista da prisão preventiva e sua aplicação em desrespeito aos requisitos legais, não se limita aos juízes de direito, resistindo também nos desembargadores, que institucionalmente, deveriam sanar tais ilegalidades.

Ademais, o acórdão analisado, sinalizou outros casos jurídicos parecidos, uma vez que fundamentou-se em uma linha jurisprudencial consolidada da própria Terceira Seção, que já havia enfrentado situações semelhantes em outros precedentes. Entre eles, destacam-se a Reclamação nº 39.045/SP, na qual se considerou inválida a renovação de prisão preventiva calcada apenas na gravidade abstrata do delito; a Reclamação nº 36.196/SP, em que se reputou descumprida decisão anterior ao se repetir fundamentos tidos por insuficientes; a Reclamação nº 32.491/SP, que invalidou nova prisão decretada sem fatos novos após concessão de habeas corpus; e a Reclamação nº 3.047/SP, na qual se apontou afronta à autoridade do Tribunal diante da repetição de argumentos já rechaçados. Esses precedentes reforçam a compreensão de que a simples reiteração de fundamentos abstratos ou já declarados inidôneos não pode servir de base para a decretação ou manutenção da prisão preventiva. Contudo, também revelam uma contínua produção de decisões judiciais eivadas de ilegalidades quando se trata de prisão preventiva, deixando cristalino o contraste entre os entendimentos adotados no Superior Tribunal de Justiça e os tribunais inferiores.

A decisão da Reclamação nº 42.857/AM, portanto, reafirma o compromisso da Corte Superior com a natureza cautelar e excepcional da prisão preventiva, corrigindo práticas reiteradas em primeira instância que destoam dos parâmetros legais e constitucionais. Além de resguardar a autoridade das próprias decisões, o julgado representa aplicação direta dos princípios garantistas que informam o processo penal contemporâneo, em especial a

presunção de inocência e o devido processo legal. Em síntese, o acórdão reforça que a prisão preventiva só pode subsistir diante de fatos novos e concretos que demonstrem risco atual e real à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, não sendo admissível a utilização de suposições abstratas ou a repetição de fundamentos já afastados pelo Poder Judiciário. Esse contraste entre a prática e a norma revelam preocupações antigas e críticas, já apresentadas por Ferrajoli acerca do instituto analisado neste estudo.

7. Críticas garantistas.

7.1 Críticas ao instituto:

A teoria garantista de Luigi Ferrajoli dedica especial atenção ao tratamento das medidas cautelares pessoais, sobretudo nas críticas em relação à prisão preventiva, considerada pelo jurista italiano como uma medida que, embora juridicamente prevista, entra em permanente tensão com os princípios estruturantes do Estado de Direito. Para Ferrajoli:

> "Las medidas cautelares, incluida la prisión preventiva(...) forman una especie de derecho penal y procesal preventivo que flanquea el ordinario o retributivo. Naturalmente, la ausencia del nexo entre pena y delito disuelve en tales casos incluso la garantía de la legalidad, además de los eventuales vínculos de la jurisdiccionalidad: la ley que establece los prespuestos de la medida preventiva, en efecto, corresponde a una norma en blanco, es decir, a una especie de caja vacía rellenable en cada ocasión con los contenidos más arbitrarios; y el juicio, al estar desvinculado de cualquier condición objetiva preexistente e informado por meros criterios de discrecionalidad administrativa, degenera en procedimiento policial de estigmatización moral, política o social."
> (FERRAJOLI, 1995, p.102).

O jurista italiano identifica que medidas como a prisão preventiva, as medidas de segurança e outras providências cautelares formam o que ele denomina de um "direito penal preventivo", distinto do direito penal retributivo. Enquanto o segundo se fundamenta na existência de um crime previamente cometido e comprovado mediante um processo, o primeiro atua sem a necessária relação entre conduta delituosa e sanção aplicada, baseando-se em riscos, presunções ou meros indícios.

Segundo o autor, quando o Estado recorre a essas medidas sem vínculo efetivo entre crime e pena, há uma corrosão de diversos princípios, uma vez que, a lógica penal estaria sendo subvertida. Em outras palavras, a sanção prisional(dentre outras) deveria ser infligida *propter delictum*, isto é, como consequência jurídica necessária de um crime já cometido, que constitui sua causa e condição de existência.

Essa vinculação estrita entre crime e pena corresponde ao chamado princípio de retribuição, que estabelece a natureza de consequência do delito em relação à pena, sendo tal princípio, segundo o autor, a primeira e mais fundamental garantia do direito penal, pois impede que a pena seja aplicada em caráter antecipado ou desvinculado de um ato ilícito concreto. Assim, conforme ensina Ferrajoli(1995), a pena não deve ser concebida como um *prius*, uma medida preventiva ou anterior ao delito, mas como um *posterius*, uma resposta retributiva que somente se legitima após a prática da infração.

Outrossim, os prejuízos, advindos da desvirtuação do princípio da retribuição, colocam em risco a própria garantia da legalidade. Isso porque o princípio da legalidade — *nullum crimen, nulla poena sine lege* — exige que só se possa impor pena diante de conduta previamente tipificada como crime. Nas medidas preventivas, contudo, a lei muitas vezes funciona como uma "regra em branco", ou seja, como um enunciado aberto, vago, que pode ser preenchido pela autoridade judicial ou administrativa de forma discricionária. Esse espaço de abertura permite que, em vez de assegurar direitos, a norma seja usada para legitimar intervenções arbitrárias. Nesse mesmo diapasão:

> "La consecuencia de esta resignada legitimación fue que la prisión preventiva, tras el giro autoritario e inquisitivo de la cultura penal decimonónica, echó profundas raíces en todos los ordenamientos europeos: figurando en las constituciones, consolidándose en los códigos y extendiéndose en la práctica hasta alcanzar las dimensiones patológicas actuales, bien conocidas. La perversión más grave del instituto(...) ha sido su transformación, de instrumento exclusivamente procesal dirigido a «estrictas necesidades» sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos. Es claro que tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada Únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad;(...) La prisión preventiva asumía así la fisonomía de una verdadera medida de prevención frente a los peligrosos y los sospechosos o, peor aún, de una ejecución provisional o anticipada de la pena. (FERRAJOLI, 1995, p.553).

Ferrajoli alerta que, quando o julgamento se dissocia de uma conduta objetiva e passa a se basear em critérios subjetivos como a periculosidade presumida do indivíduo, corre-se o risco de uma degeneração do processo judicial em um procedimento policial de estigmatização**.** Nesse cenário, a prisão preventiva e outras medidas cautelares deixam de ser instrumentos de garantia do processo e passam a servir como mecanismos de controle social e político, punindo indivíduos não pelo que fizeram, mas pelo que se presume que possam vir a fazer.

Esse raciocínio conecta-se diretamente à crítica do autor à prisão preventiva no contexto contemporâneo: em vez de funcionar como instrumento excepcional para resguardar

a instrução criminal, a ordem pública ou a aplicação da lei penal, ela acaba muitas vezes sendo decretada com base em juízos abstratos de periculosidade ou na gravidade genérica do delito. Essa prática, para Ferrajoli, representa uma violação não apenas da legalidade, mas também da presunção de inocência, transformando o processo penal em espaço de punição antecipada e sem garantias.

7.2 Críticas ao uso deturpado.

Além das preocupações em relação à própria concepção teórica de uma prisão preventiva e aos seus fundamentos, Ferrajoli dedica parte das críticas que tece ao instituto para seu uso e prática judicial dentro do contexto jurídico italiano. O "pai do garantismo penal" observa que a transformação da prisão preventiva em um mecanismo de punição antecipada ocorreu por duas vias distintas: a legislativa e a judicial. Do ponto de vista legislativo, segundo o autor, uma sucessão de leis editadas em contextos de emergência reduziu a excepcionalidade do instituto, ampliando cada vez mais suas hipóteses de aplicação e aproximando-o de uma resposta automática ao crime. Já no plano judicial, a distorção se revelou ainda mais evidente, uma vez que magistrados italianos passaram a decretar prisões preventivas de forma quase sistemática, muitas vezes sem fundamentação adequada, apoiados em modelos estereotipados de decisões ou em indícios frágeis:

> "Esta transformación se ha operado tanto por vía legislativa como judicial. Ante todo, ha sido el fruto de una interminable serie de leyes aprobadas en los años de la emergencia y dirigidas a hacer de la prisión preventiva una medida cada vez menos excepcional y cada vez más automática. En segundo lugar, ha sido consecuencia del creciente abuso de la institución por parte de los magistrados, en forma de emisión sistemática de mandamientos de captura no motivados, en base a módulos estereotipados y a más que lábiles indicios, y, sobre todo, teleológicamente dirigidos a objetivos no legítimos, como constreñir al imputado a confesar o como eludir, a través de mandamientos reiterados de captura, las normas sobre excarcelación por el transcurso de sus plazos máximos. El cambio de nombre realizado por el art. 11 de la ley n. 398 de 1984 -de *custodia preventiva. a «custodia cautelar»- no basta para encubrir el cambio, en sentido inverso, de la institución, ya no medida cautelar, sino pena anticipada y preventiva durante el proceso, dirigida a obviar la lentitud de éste, ero con el efecto práctico de favorecerla. (FERRAJOLI, 1995, p.571).

Essa crítica ganha força quando o autor denuncia que essas decisões são frequentemente orientadas por finalidades ilegítimas, apontando como exemplos a utilização da prisão preventiva para forçar o réu a confessar ou como estratégia para driblar os prazos máximos da custódia, por meio da reiteração sucessiva de mandados de captura. Nesses casos, a medida cautelar perde completamente sua finalidade processual teórica — resguardar a instrução criminal, a ordem pública ou a aplicação da lei penal — e passa a ser

instrumentalizada como meio de pressão psicológica e como mecanismo indireto de prolongamento da prisão sem condenação.

O autor nota ainda que a mera alteração terminológica promovida pelo legislador — como ocorreu na Itália, ao substituir a expressão "custodia preventiva" por "custodia cautelar" — não foi capaz de ocultar o verdadeiro desvio de finalidade que atingiu o instituto. Na prática, a prisão preventiva deixou de ser uma medida excepcional e vinculada ao processo para se tornar uma pena antecipada, aplicada durante a marcha processual como compensação pela lentidão da justiça. O resultado paradoxal, como salienta Ferrajoli, é que esse abuso, em vez de acelerar os procedimentos, acaba por contribuir para sua morosidade, perpetuando o uso da prisão cautelar como mecanismo ordinário de punição.

Essa reflexão, do cenário italiano, é especialmente atual quando confrontada com a realidade brasileira, em que se verifica fenômeno semelhante, pois conforme demonstrado, a prisão preventiva "à brasileira" é muitas vezes decretada de maneira genérica, sem fundamentação individualizada, ou utilizada como forma de contornar o excesso de prazo da prisão provisória. Tal prática reforça a crítica garantista de que o uso do instituto, vem convertendo-o em um instrumento de punição prévia, incompatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência, da proporcionalidade e do devido processo legal.

8. Conclusões finais.

As reflexões desenvolvidas ao longo deste trabalho demonstram que, embora a doutrina de Luigi Ferrajoli apresente severas críticas ao instituto da prisão preventiva, chegando a qualificá-lo como incompatível com um modelo processual autenticamente garantista, parte de tais críticas é dirigida ao uso deturpado do mesmo, assim, a realidade brasileira impõe um olhar pragmático sobre a questão. No atual contexto normativo e social, a completa abolição da prisão preventiva não aparenta ser uma solução plausível, considerando a cultura punitivista herdada dos séculos passados, ainda muito presente nos poderes legislativos e judiciais. A experiência demonstra, todavia, que a manutenção do instituto exige um uso criterioso, devidamente fundamentado e sempre excepcional, de modo a não se transformar em antecipação da pena, em desacordo com os princípios constitucionais e garantistas.

Ferrajoli, ao diferenciar o Direito Penal Máximo do Direito Penal Mínimo, aponta para dois polos entre os quais se situam os modelos de direito penal historicamente adotados.

Nesse sentido, o sistema brasileiro encontra-se desafiado a equilibrar a necessidade de proteção da ordem pública e da aplicação da lei penal com a preservação das garantias individuais. A prisão preventiva, se aplicada em consonância com seus pressupostos legais e constitucionais, pode ocupar esse espaço de mediação, sem degenerar em instrumento de arbitrariedade ou em resposta imediata à pressão social. O problema central, contudo, reside na prática judiciária, em que a deturpação do uso da prisão preventiva se revela evidente, sobretudo nas decisões de primeira instância, frequentemente reformadas pelos tribunais superiores.

A análise das divergências jurisprudenciais entre as instâncias inferiores e o Superior Tribunal de Justiça evidencia que o mau uso da prisão preventiva no Brasil não decorre apenas de falhas normativas, mas, principalmente, de uma cultura jurídica que ainda resiste em incorporar plenamente os princípios do garantismo penal. A decretação genérica e não fundamentada de prisões cautelares compromete a legitimidade do processo penal e reforça um modelo punitivo incompatível com o Estado Democrático de Direito. Nesse ponto, torna-se urgente resgatar a compreensão de que o processo penal não é apenas um instrumento de punição, mas um verdadeiro conjunto de garantias que atuam como filtros jurídicos contra abusos e arbitrariedades, medida da qual o estudo e difusão da teoria garantista revela-se um aliado poderoso.

Assim, a correção do mau uso da prisão preventiva passa, necessariamente, pela difusão e incorporação dos princípios garantistas como critérios orientadores da atividade de todos os atores processuais. Ministério Público, Delegados de Polícia e Magistrados devem compreender-se como filtros processuais voltados à proteção do indivíduo contra excessos punitivos, e não apenas como instrumentos voltados à persecução penal a qualquer custo. Somente com essa mudança de perspectiva será possível alinhar o uso da prisão preventiva à sua função legítima, evitando sua banalização e reafirmando o compromisso do processo penal com a proteção dos inocentes e a realização da justiça dentro dos marcos do Estado de Direito, permitindo que o sistema jurídico brasileiro aproxime-se do Sistema Garantista, idealizado por Ferrajoli.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 28 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a prisão temporária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em: 28 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 5 maio 2011.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Relatório Justiça em Números 2023. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 20 ago. 2025.

CONJUR. Para ministros, prisão preventiva mantém execução antecipada viva no Brasil. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-abr-18/para-ministros-prisao-preventiva-mantem-execucao-antecipada-viva-no-brasil/. Acesso em: 27 mar. 2025.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOVERNO FEDERAL. Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN) – Levantamento de Informações Penitenciárias. Disponível em:

https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-divulga-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referente-ao-primeiro-semestre-de-2024. Acesso em: 28 mar. 2025.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli - Dario Ippolito.pdf. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/159AZaU1_StjAEMm6kPBWdqPbcgjb060E/view>. Acesso em: 21 ago. 2025.

JUSBRASIL. As teorias das penas e o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Disponível em:https://www.jusbrasil.com.br/artigos/as-teorias-das-penas-e-o-garantismo-penal-de-luigi-ferrajoli/378600485. Acesso em: 27 mar. 2025

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MORI, Letícia. "96% homens, 48% pardos, 30% sem julgamento: o perfil dos presos no Brasil." BBC NEW BRASIL, 2024. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/articles/c0k4nmd3e2xo#:~:text=Presos%20sem%20julgamento,de%20defesa%20de%20direitos%20humanos. Acesso em: 28 mar, 2025.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PINHO, Ana Cláudia. Garantismo penal, Ferrajoli por Ferrajoli. *Conjur*, 29 jul. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/ana-claudia-pinho-garantismo-penal-ferrajoli-ferrajoli/.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Civitas, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3

UECE. WEYNE, Bruno Cunha. Disponível em:<https://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/07/A-garantia-da-ordem-p%C3%BAblica-como-fundamento-da-pris%C3%A3o-preventiva.pdf>. Acesso em: 1 set. 2025.