

**A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DE UMA
PROPOSTA DE (RE)DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE PRISÃO
ARBITRÁRIA**

Valdemiro Adauto De Souza¹

Murilo Justino Barcelos²

Introdução

O presente Artigo tem como objeto um estudo sobre as prisões cautelares no Brasil sob o prisma do artigo nono da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que veda a prisão, detenção ou exílio arbitrário.

O seu objetivo é reafirmar os Direitos Humanos – inseridos na Declaração Universal há setenta anos – a partir de uma análise história do pensamento que normatizou as prisões cautelares no Brasil e da busca por uma (re)definição (crítica) do conceito de prisão arbitrária. Essa afirmação e essa busca partem de uma compreensão de Direitos Humanos como “processo de luta por dignidade humana”³.

Para tanto, o artigo está dividido em quatro itens. No primeiro tratando da Declaração Universal dos Direitos Humanos acentua-se a Dignidade da Pessoa Humana como seu valor central e a influência da consagração da Dignidade Humana também na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No segundo item aborda-se a necessidade da constante reafirmação dos Direitos Humanos, ressaltando não só a necessidade de novas declarações e interpretações, como a busca incessante pela sua efetivação.

No terceiro, destaca-se o artigo nono da Declaração (que veda as prisões arbitrárias) e as prisões cautelares no Brasil, com ênfase ao pensamento que orientou a sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro.

No quarto item propõe-se uma redefinição do conceito de prisão arbitrária para assentar a necessidade de impedir que a decretação das prisões cautelares no Brasil sujeite-se ao arbítrio das autoridades judiciárias, como condição à preservação da Dignidade da Pessoa Humana.

¹ SOUZA, Adauto Valdemiro. UNIVALI. Mestrando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ. UNIVALI. Itajaí. E-mail: valdemirosouza@yahoo.com.br

² BARCELOS, Murilo Justino. UNIVALI. Doutorando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ. UNIVALI. Itajaí. E-mail: murilobarcelos@univali.br

³ HERRERA FLORES, Joaquin. **A (Re)Invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 27.

O presente Artigo encerra-se com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados do trabalho e estimulada a continuidade dos estudos e das reflexões sobre o tema.

Quanto à Metodologia empregada, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e, o Relatório dos Resultados é composto na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

1. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: A dignidade da pessoa Humana como fundamento

Há setenta anos, no dia 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovava a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴. Dos escombros da Segunda Guerra Mundial, que dizimou mais de 50 milhões de vidas humanas, ergueu-se como um documento intuitivo, visando garantir o respeito universal à Dignidade Humana⁵.

Como não há, na doutrina, “um conceito preciso e único da dignidade, isto porque é uma qualidade inerente a todo ser humano”⁶, parte-se do pressuposto que todo ser humano é dotado de um “valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável”⁷.

Nas palavras de Piovesan: “os direitos humanos decorrem da dignidade humana, enquanto valor intrínseco à condição humana. Defende-se, nesta perspectiva, o mínimo ético irreduzível – ainda que possa se discutir o alcance deste ‘mínimo ético’”⁸.

⁴ Doravante, por convenção, adotar-se-á a sigla DUDH para designar a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁵ Fábio Konder Comparato (in **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 223) assinala que a DUDH foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial, porém, de forma apenas parcial, por omitir-se em relação aos abusos cometidos pela União Soviética e pelas potências ocidentais.

⁶ LIEBL, Helena; DEMARCHI, Clovis. A Efetividade Da Dignidade Da Pessoa Humana Através Dos Direitos Sociais. **Revista da ESMESC**, v 25, n. 31, p. 91. 2018. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/185>.

⁷ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002, p. 128.

⁸ PIOVESAN, Flavia (Coord.). **Direitos Humanos**, v. I. Curitiba: Juruá, 2006. p. 22.

Numa leitura dos seus artigos, consta-se que a DHDU reconhece “la dignidade como base para la libertad, la justicia y la paz de todos los miembros de la familia humana⁹”. E a dignidade, na concepção de Herrera Flores¹⁰, é um “fim material”; ou “um objetivo que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja ‘digna’ de ser vivida”.

A partir da DUDH, portanto, tem-se como obrigatório o respeito a um mínimo inatingível, inerente a todos os seres humanos, isto é, o respeito à Dignidade Humana como condição à edificação de uma Sociedade justa e pacífica.

Voltando-se a atenção ao Brasil, observa-se que após a DUDH o País enfrentou momentos críticos, especialmente, a quebra da ordem constitucional, inaugurada pela Constituição de 1946, através do Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964, que solapou garantias fundamentais, suspendeu prerrogativas do Poder Judiciário e autorizou o comando da autodenominada revolução vitoriosa a cassar mandatos eletivos e suspender direitos políticos. A esse Ato sucederam-se outros, além da Constituição outorgada de 1967 com sua Emenda da 1969.

Debruçando-se sobre todas as Constituições que vigeram no País desde a Independência, verifica-se que em momento algum foi a Dignidade da Pessoa Humana erigida à condição de princípio constitucional, a despeito de já a Constituição Política do Império (1841) condicionar a privação acautelatória da liberdade à formação da culpa (art. 179, VIII).

É evidente que o exame (crítico) deve ter como foco as Constituições (ou demais textos normativos) posteriores à DUDH, posto que já a tinham como manancial de axiomas e como paradigma. A ordem constitucional entre 1964 e a Constituição de 1988 representa, pois, um hiato entre as duas constituições promulgadas democraticamente (1946 e 1988) e um retrocesso em relação à busca por uma ordem mundial mais humana almejada pela DUDH.

Todavia, com o advento da Constituição Federal de 1988 o Estado Brasileiro ganhou um adjetivo – Democrático – traduzido, dentre outras coisas, pela previsão em seu artigo 1º da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Essa consagração da Dignidade da Pessoa Humana, como visto, é simétrica à DUDH e traz consigo outras garantias previstas no art. 5º (insuscetíveis de revogação – cláusulas pétreas – de acordo com o art. 60 da

⁹ LOPES, Ana Maria D’Ávila. La Declaracion Universal de Los Derechos Humanos: el inicio de la reconstruccion de la teoria de la ciudadanía. In: FOLMANN, Melissa. Direitos Humanos: os 60 anos da Declaração Universal da ONU. Curitiba: Juruá, 2009. p. 12.

¹⁰ HERRERA FLORES, Joaquin. **A (Re)Invenção dos Direitos Humanos**. p. 37.

própria Constituição). Apontam a irradiação dos valores da DUDH sobre nossa Lei Maior - juiz natural (LIII); devido processo legal (LIV); presunção de inocência (LVII), são alguns exemplos.

O respeito à Dignidade Humana, com efeito, impõe como consequência a “não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou imposição de condições sub-humanas de vida¹¹”.

Deste modo, ao alçar a Dignidade da Pessoa Humana à condição de princípio fundamental, a Constituição de 1988 de certa maneira modulou toda a atividade estatal (legislativa, judiciária, policial, etc.), limitando-a ao respeito de um “mínimo invulnerável” inerente a cada ser humano, no sentido de impedir a imposição de condições sub-humanas a qualquer cidadão, indistintamente.

2. A Necessidade da permanente reafirmação dos direitos humanos

Em que pese a DUDH tenha sido traduzida para mais de 500 línguas, tornando-se norma comum a todos os povos e inspirando Constituições e Democracias¹², a luta pela concretização dos Direitos Humanos é “un proceso no concluído, un asunto abierto al futuro¹³”. Comparato¹⁴ adverte que “a dignidade da pessoa humana não pode ser reduzida à condição de puro conceito”.

Aliás, malgrado tenha-se uma Declaração Universal de Direitos Humanos, a conquista plena desses direitos (a sua concretização) depende de um processo contínuo de atos coordenados para declará-los, universalizá-los e efetivá-los¹⁵.

E o primeiro aspecto a ser observado é que “o processo de declaração dos direitos não se esgotou no passado, (...) uma vez que se trata de um processo constante, tendo como um de seus objetivos anunciar os novos direitos

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 108.

¹² As Nações Unidas mantêm na rede mundial de computadores uma página específica sobre a DUDH, com uma explanação resumidas do seu surgimento e propósitos, disponibilizando o texto completo. O endereço eletrônico é: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>

¹³ GROS ESPIELL, Héctor. **Derechos Humanos**. Lima: Cuzco, 1991. p.10.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 226.

¹⁵ CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de; CAMPOS, Wânia Alice Ferreira. Declarar, Universalizar e Efetivar: os desafios dos direitos humanos para o terceiro milênio. In: FOLMANN, Melissa. Direitos Humanos: os 60 anos da Declaração Universal da ONU. Curitiba: Juruá, 2009. p. 204.

descobertos, bem como dar novos significados e novas interpretações aos direitos já existentes¹⁶”.

Nessa mesma linha, Herrera Flores¹⁷ observa que os direitos humanos são os resultados sempre provisórios das lutas sociais por dignidade. E por isso, necessária a sua permanente reafirmação e edificação.

O autor ressalta que “falar de direitos humanos é falar da ‘abertura de processos de luta pela dignidade humana¹⁸’”. E por fim, que “os direitos humanos devem transformar-se na ‘forma’ sobre a qual se construirá um novo conceito de justiça e de equidade, que leve em consideração a realidade da exclusão de quase 80% da humanidade dos “benefícios” dessa nova ordem global¹⁹”.

A reafirmação dos Direitos Humanos aqui proposta, portanto, alicerça-se em três premissas: a) a possibilidade/necessidade de declaração de novos direitos descobertos; b) a necessidade de novas interpretações dos direitos já existentes; c) a luta pela efetivação dos Direitos Humanos.

2.1 O artigo nono da DUDUH: A proibição das prisões arbitrárias

A partir, pois, do prisma da Dignidade (indissociável) da Pessoa Humana, dentre suas normas, veda a DUDH as prisões arbitrárias. O seu artigo nono é categórico: “Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado”. Dirige-se, pois, à relação entre Estado-Cidadão, na privação da Liberdade, e à relação entre Estados, quando se insurge contra os exílios (ou mesmo extradições) ilegais²⁰.

Por arbitrário compreende-se o ato “que se origina do arbítrio, da vontade, do capricho individual, mas com violação das normas legais²¹”. Portanto, sob o enfoque do artigo nono da DUDH, ninguém poderá ser preso, detido ou exilado por vontade ou capricho individual, sem obediência estrita às regras legais.

Nesse aspecto, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro prescreve que ninguém poderá ser preso, exceto quando se encontra em flagrante delito, ou

¹⁶ CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de; CAMPOS, Wânia Alice Ferreira. Declarar, Universalizar e Efetivar: os desafios dos direitos humanos para o terceiro milênio. In: FOLMANN, Melissa. Direitos Humanos: os 60 anos da Declaração Universal da ONU. p. 207.

¹⁷ HERRERA FLORES, Joaquin. **A (Re)Invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 37.

¹⁸ HERRERA FLORES, Joaquin. **A (Re)Invenção dos Direitos Humanos**. p. 27.

¹⁹ HERRERA FLORES, Joaquin. **A (Re)Invenção dos Direitos Humanos**. p. 74.

²⁰ Sobre este último aspecto, durante a Segunda Guerra Mundial o Estado Brasileiro extraditou a alemã-judia Olga Benário Prestes, esposa do brasileiro Luiz Carlos Prestes, à Alemanha. Grávida quando extraditada, Olga deu a luz à sua filha Anita Benário Prestes na cadeia do nazismo e lá perdeu a vida numa câmara de gás.

²¹ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org.). **Dicionário Técnico Jurídico**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2006, p. 102.

“por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” (Código de Processo Penal – art. 283). São, portanto, quatro espécies de prisões previstas/admitidas na legislação brasileira: a) prisão em flagrante²²; b) prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado; c) prisão preventiva; e, d) prisão temporária. Fora disso aflora-se o arbítrio.

Assim sendo, não se consegue compreender como lícito o cumprimento (antecipado) da pena após sentença penal condenatória de segunda instância, admitido pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do habeas corpus 126.292, ocorrido em 17 de fevereiro de 2016²³. Contra a expressa redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, a prisão antecipada não somente viola a presunção de inocência²⁴ como o artigo nono da DUDH e o art. 283 do CPP. E assim, exatamente por contrariar a lei revela-se a sua arbitrariedade.

3. As prisões cautelares no Brasil: a ultra-atividade do pensamento autoritário no estado democrático de direito

As prisões cautelares são aquelas de natureza processual, visando resguardar a eficácia da investigação ou do processo e garantir a sua instrumentalidade ou evitar que solto o investigado/réu continue a praticar delitos²⁵. Capez²⁶ observa que sem preencher os requisitos gerais de cautela, sem caráter instrumental e sem necessidade para o processo, as prisões cautelares não seriam “nada mais do que uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado”, o que violaria a presunção de inocência.

Para compreendê-las não basta uma rasa análise da legislação que as disciplinam, sendo imprescindível perquirir-se os elementos sócio-políticos que fizeram emergir ao Ordenamento Jurídico brasileiro esses textos normativos (ainda) em vigor.

²² É também a própria Lei que define quais as situações que caracterizam o flagrante delito, previstas, taxativamente, no artigo 302 do Código de Processo Penal.

²³ Noutra oportunidade, porém, por ocasião do julgamento HC 84.078 ocorrido em 05/02/2009, o STF havia decidido que antecipação da execução penal viola a Constituição e somente encontra justificativa na conveniência dos magistrados, assentando que “a comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço”.

²⁴ Tal princípio é garantia fundamental pétrea, prevista no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

²⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 264.

Nesse aspecto, por exemplo, na exposição de motivos do Projeto que subscreto pelo Presidente da República Getúlio Vargas converteu-se no Decreto-Lei n. 3.689/41 – Código de Processo Penal – assinalou o então Ministro da Justiça Francisco Campos que a prisão preventiva deixava de ser uma faculdade, “para ser um dever imposto ao juiz”. E destacou que o instituto adquiria “a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal²⁷”.

O pensamento que norteou a edição do vigente Código de Processo Penal, no que toca à prisão preventiva, é ainda ilustrado pelas seguintes observações:

A prisão preventiva, por sua vez, desprende-se dos limites estreitos até agora traçados à sua admissibilidade. Pressuposta a existência de suficientes indícios para imputação da autoria do crime, a prisão preventiva poderá ser decretada toda vez que o reclame o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal. Tratandose de crime a que seja cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos, a decretação da prisão preventiva será obrigatória, dispensando outro requisito além da prova indiciária contra o acusado. A duração da prisão provisória continua a ser condicionada, até o encerramento da instrução criminal, à efetividade dos atos processuais dentro dos respectivos prazos; mas estes são razoavelmente dilatados²⁸.

Francisco Campos, a propósito, responsável pela redação do Código de Processo Penal em vigor, e que já havia redigido a Constituição de 1937 – texto que implantou o Estado Novo (Ditadura Vargas) - viria a ser também o coautor do Ato Institucional n. 1, de 09 de abril de 1964. A autoria de Francisco Campos é apontada por Bonavides e Paes de Andrade²⁹. Observam os autores que “a Constituição de 37 foi o germe (o Estado Novo foi a sua realização) de Constituições autoritárias e a justificação teórica das ditaduras posteriores³⁰”. Apontam também que aquela Constituição era “o reflexo de uma corrente autoritária de pensamento que subjuguou nossas melhores esperanças democráticas³¹”. E desses mesmos pensamentos, com efeito, adveio o Código de Processo Penal (DL 3.689/41) e por consequência a disciplina das prisões preventivas, com algumas alterações, vigente até hoje.

²⁷ BRASIL. Código de Processo Penal e Constituição Federal. 58. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

²⁸ BRASIL. Código de Processo Penal e Constituição Federal. 58. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

²⁹ BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília. OAB Editora, 2004. p. 339 e 433.

³⁰ BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. p. 339.

³¹ BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. p. 339.

Nessa linha, a redação originária do art. 312 do Código de Processo Penal determinava a prisão preventiva nos crimes cuja pena máxima cominada era a reclusão igual ou superior a dez anos. Somente com a edição da Lei Federal 5.349/67 – originada do Projeto de Lei (PLC) n. 3.908/66, de autoria do Deputado Federal Aniz Badra – é que a obrigatoriedade da prisão preventiva foi abolida. Na justificativa do projeto de lei, assinalou-se o objetivo de democratizar a legislação processual penal e “varrer da nossa legislação medidas que trasladamos do processo penal italiano da era Mussolini”, adotadas por ocasião do Estado Novo. Importante destacar que o projeto de lei de extinção da prisão preventiva obrigatória havia sido apresentado em 1961 e na época arquivado sob a alegação de que “a restrição da liberdade do cidadão é muitas vezes necessária quando dela resulta benefícios à sociedade³²”.

Minagé³³ observa que:

A base axiológica regente na elaboração do CPP de 1941, inevitavelmente pautada em um sistema inquisitório criou todos os institutos de forma despota, com os olhos fincados, apenas para os atos do criminoso, tendo como exemplo, o tratamento dado ao tema inerente à prisão preventiva, considerando-a como verdadeiro instrumento persecutório e, por consequência lógica, ao revés de dispensar tratamento de caráter excepcional para a prisão cautelar, considerando-a como efetiva exceção à regra que é a liberdade.

O resgate histórico, portanto, faz emergir o caráter autoritário do pensamento que fomentou a disciplina da prisão preventiva no Brasil e lutou contra a sua adequação ao princípio de que ninguém poderia ser preso sem culpa formada, assegurado no Brasil desde a Constituição do Império, de 1824 (art. 179, VIII).

Disciplinada, pois, nos arts. 311 e seguintes do Código de Processo Penal³⁴, a prisão preventiva tem como condicionantes à sua decretação o *fumus commissi*

³²CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 3.908/66**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=01B4FB9AAC92175D7A8F824C4B724FC2.proposicoesWebExterno2?codteor=1195549&filename=Dossie+-PL+3908/1966. Acesso em 01 de dezembro de 2018.

³³ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 103.

³⁴ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. BRASIL. **Código de Processo Penal e Constituição Federal**. 58. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

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.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas

delicti e o *periculum libertatis* e como requisitos específicos a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal e acaso sejam descumpridas medidas cautelares anteriormente impostas³⁵.

Já a outra espécie de prisão cautelar – a prisão temporária - foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei Federal 7.960/89. “É modalidade de prisão para investigação em que investigados, mesmo que ausentes motivos para a prisão preventiva (CPP, art. 312), são submetidos à contenção da liberdade, com o objetivo de constranger e obter vantagens na investigação/acusação³⁶”.

Os requisitos previstos na Lei³⁷ são:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

[...]

Em que pese tenha surgido já sob a égide da Constituição de 1988, nasceu para atender à “imensa pressão da polícia judiciária brasileira, que teria ficado ‘enfraquecida’ no novo contexto constitucional diante da perda de alguns importantes poderes, entre eles o de prender para averiguações³⁸”, tendo sido utilizado como “forte instrumento de pressão psicológica, moral e midiática³⁹”.

4. Por uma (re)definição do conceito de prisão arbitrária

Conforme visto, as prisões cautelares (preventiva e temporária), a primeira disciplinada pelo Código de Processo Penal ainda em 1941, pautada em um pensamento inquisitório, é considerada “como verdadeiro instrumento persecutório e, por consequência lógica, ao revés de dispensar tratamento de caráter

cautelares (art. 282, § 4º). BRASIL. **Código de Processo Penal e Constituição Federal**. 58. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

³⁵ MINAGÉ, Thiago. Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição. p. 105.

³⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 603.

³⁷ BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7960.htm. Acesso em 13 de janeiro de 2019.

³⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 884.

³⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 603.

excepcional para a prisão cautelar, considerando-a como efetiva exceção à regra que é a liberdade⁴⁰”.

Apesar de algumas mudanças no curso do tempo, tal como a extinção da prisão preventiva obrigatória através da Lei Federal n. 5.349/67, as hipóteses de cabimento, por sua imprecisão e generalidade semânticas, ainda condicionam a restrição da liberdade, muitas das vezes, aos caprichos ou valoração pessoal do julgador. Nesse sentido, basta ver os exemplos de prisões preventivas decretadas em face do clamor público ou para manter a credibilidade da Justiça⁴¹.

A segunda espécie de prisão cautelar (temporária), a despeito de surgida já sob a égide da Constituição de 1988, e conseqüentemente depois da DUDH, ⁴²nasceu para atender à “imensa pressão da polícia judiciária brasileira, que teria ficado ‘enfraquecida’ no novo contexto constitucional diante da perda de alguns importantes poderes, entre eles o de prender para averiguações⁴³”, tendo sido utilizado como “forte instrumento de pressão psicológica, moral e midiática⁴⁴”.

Voltando-se à interpretação do artigo nono da DUDH, tem-se como vedada a prisão, a detenção ou o exílio por vontade ou capricho individual de autoridade com violação das normas legais. Ou seja, a privação da liberdade deve (ou deveria) obedecer aos rigores da lei. O problema, surge, porém, quando a própria lei padece pela falta de rigor, de critérios lógicos e objetivos, como é o caso da legislação brasileira, que, pautada num pensamento inquisitório e autoritário, estabelece hipóteses ou requisitos genéricos/subjetivos para a decretação das prisões preventivas e temporárias.

O artigo nono da DUDH deveria servir, pois, à reflexão sobre a impropriedade da generalidade e abstração dos dispositivos que disciplinam a prisão preventiva e a prisão temporária no Brasil. Mais do que alusão à conveniência da ordem pública ou econômica e da instrução criminal, deveria a lei

⁴⁰ MINAGÉ, Thiago. *Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 103.

⁴¹ O Tribunal de Justiça do Paraná decidiu que: “O clamor público, aliado à gravidade do crime que causou indignação e repulsa no meio social, pode servir como fundamento para a decretação da prisão preventiva” (HC 1050355). Lênio Luiz Streck tece crítica contra este argumento, especialmente à sua falta de parâmetro, ou seja, a ausência de instrumento capaz de dimensionar o clamor e suas origens, ressaltando que mais importante do que o clamor público é o clamor da Constituição (STRECK, Lênio Luiz. **Clamor das Ruas ou da Constituição? Os casos Dirceu, Palocci e Bruno**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mai-08/streck-clamor-ruas-ou-constituicao-casos-dirceu-palocci-bruno>).

⁴² A prisão temporária é disciplinada pela Lei Federal n. 7.960/89.

⁴³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 884.

⁴⁴ ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 603.

estabelecer critérios objetivos que impedissem que as prisões pudessem ser decretadas a partir da valoração subjetiva das autoridades ou como instrumento de pressão na busca por confissões ou delações. Arbitrárias, pois, seriam todas as prisões fundamentadas em questões impassíveis de aferição, tais como clamor público, credibilidade da Justiça, dentre outras.

Além disso, a análise da arbitrariedade das prisões deve estender-se não só ao momento da decretação, mas durante todo o curso do seu cumprimento. A esse respeito, importante destacar do julgamento do Habeas Corpus nº 84.078 pelo Supremo Tribunal Federal, a afirmação de que “nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade para se tornarem objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade⁴⁵”.

Por essa via, entretanto, observa-se que malgrado a necessidade de observância do mínimo invulnerável e da proibição de imposição de condição sub-humana, o sistema penitenciário nacional apresenta um “quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária”, sendo, por isso, “caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’⁴⁶”.

Na decisão liminar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, ressaltou o STF que a maioria da população carcerária do País está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

E a despeito dessa constatação, expõe-se não somente condenados, mas também presos preventivos ou temporariamente a essas situações sub-humanas que geram pressão psicológica e moral, ou mesmo violência psicológica, “capaz de trazer consequências psicológicas para suas vítimas, e uma das consequências

⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 84.078**, Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em 29 de outubro de 2018.

⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 347**, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 24 de outubro de 2018.

comuns é o desenvolvimento do quadro chamado de Transtorno de Estresse Pós-Traumático⁴⁷”.

A reafirmação dos Direitos Humanos neste septuagésimo ano de vigência da DUDH, e particularmente, a reafirmação da proibição das prisões, arbitrárias é desafiada pela busca por uma (atual) compreensão ou alcance semântico (histórico-evolutivo⁴⁸) do vocábulo arbitrário.

Nesse sentido, há uma necessidade de reflexão (ou revisão) sobre a legislação que regulamenta a privação da liberdade no Brasil, notadamente, pela fixação de critérios lógicos e objetivos. Hipóteses genéricas sujeitam a Sociedade aos caprichos dos magistrados, e, por isso, ao arbítrio por sua própria natureza.

É preciso, também, compreender-se como arbitrárias as prisões que em seu cumprimento desobrigam-se do respeito à Dignidade dos encarcerados, sujeitando-os a um sistema prisional desumano, como se destituídos fossem da condição de sujeitos de direitos.

Uma análise da jurisprudência, porém, conduz à infeliz e surpreendente constatação de que não há um só acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal que tenha transcrito de forma literal o artigo nono da DUDH. Apresenta-se, pois, a concretização dos valores estampados na DUDH, num desafio a ser aguerridamente buscado dia a dia. Incessantemente!

Considerações Finais

O presente Artigo dedicou-se a uma reflexão sobre as prisões cautelares no Brasil, buscando, a partir disso, reafirmar os Direitos Humanos, notadamente, aquele previsto no artigo nono da DUDH – a proibição da segregação arbitrária da liberdade.

Como fora visto, os Direitos Humanos precisam ser permanentemente declarados/reafirmados como condição à sua universalização e efetivação. Como fundamento da DUDH e da Constituição Brasileira em vigor, está a Dignidade da Pessoa Humana que exige o respeito a um mínimo inatingível inerente a todos os

⁴⁷ VIEIRA NETO Othon e VIEIRA, Claudia Maria Sodré (org.). **Transtorno do Estresse Pós-Traumático: uma neurose de guerra em tempos de paz**. São Paulo: Vetor Editora, 2004, p. 9.

⁴⁸ Histórico-Evolutivo   método hermen utico que faz com que o sentido da norma se altere com as necessidades sociais do momento.

seres humanos. E mais que isso: pressupõe o acesso de todos aos bens materiais e imateriais indispensáveis para uma vida digna.

Nesse diapasão, afigura-se inaceitável que a privação da liberdade possa sujeitar-se ao arbítrio ou caprichos dos magistrados. A generalidade das hipóteses de prisão cautelar e temporária – uma ultra-atividade do pensamento autoritário que inseriu os institutos no ordenamento pátrio – precisa ser repensada/revista por não se compatibilizar com o Estado Democrático de Direito.

Para tanto, é imprescindível o permanente estudo e o seu aprofundamento, como instrumento de política legislativa para subsidiar a modernização da legislação, e como fonte do direito enquanto doutrina para influenciar as decisões judiciais.

Referência das fontes citadas

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Enfoque da doutrina social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília. OAB Editora, 2004.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código de Processo Penal e Constituição Federal**. 58. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 de novembro de 2018.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 02 de dezembro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7960.htm. Acesso em 13 de janeiro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Hábeas Corpus nº 181.636-1**. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 236 – 240, mar. 1998.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 3.908/66**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=01B4FB9AAC92175D7A8F824C4B724FC2.proposicoesWebExterno2?codteor=1195549&file

CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e Liberdade Provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar**. Curitiba: Juruá, 1997.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de; CAMPOS, Wânia Alice Ferreira. **Declarar, Universalizar e Efetivar: os desafios dos direitos humanos para o terceiro milênio**. In: FOLMANN, Melissa (Coord.). Direitos Humanos: os 60 anos da Declaração Universal da ONU. Curitiba: Juruá, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASARA, Rubens. **Interpretação Retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CASARA, Rubens. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisões Cautelares: dramas, princípios e alternativas**. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2018.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Campinas: Bookseller, 2000.

GRAU, Eros. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GROS ESPIELL, Héctor. **Derechos Humanos**. Lima: Cuzco, 1991.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org.). **Dicionário Técnico Jurídico**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

HERRERA FLORES, Joaquin. **A (Re)Invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

KELSEN, H. **A Ilusão da Justiça**. 2. ed. Tradução de Sérgio Tellaroli, São Paulo: Martins fontes, 1998.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. De , v 25, n. 31, p. 85-106. 2018. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/185>. Acesso em 13 de janeiro de 2019.

LIEBL, Helena; DEMARCHI, Clovis. **A Efetividade Da Dignidade Da Pessoa Humana Através Dos Direitos Sociais**. Revista da ESMESC, v 25, n. 31, p. 85-106. 2018. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/185>. Acesso em 13 de janeiro de 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. La Declaracion Universal de Los Derechos Humanos: el inicio de la reconstruccion de la teoria de la ciudadanía. In: FOLMANN, Melissa. Direitos Humanos: os 60 anos da Declaração Universal da ONU. Curitiba: Juruá, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do direito**. 19ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, Fernando. **Olga**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

PIOVESAN, Flavia (Coord.). **Direitos Humanos**, v. I. Curitiba: Juruá, 2006. p. 22

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade. Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Clamor das Ruas ou da Constituição? Os casos Dirceu, Palocci e Bruno**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mai-08/streck-clamor-ruas-ou-constituicao-casos-dirceu-palocci-bruno>. Acesso em 28 de outubro de 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

10º Seminário Internacional de Democracia e Constitucionalismo

Universidad de Alicante - Espanha

Setembro de 2019

STRECK, Lenio. **Compreender Direito. Como o Senso Comum pode nos enganar.** 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio. **Compreender Direito. Desvelando as obviedades do discurso jurídico.** 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(em) Crise.** 10ª edição. Porto Alegre: Livrado do Advogado, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 24 de outubro de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 84.078, Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em 29 de outubro de 2018.

VIEIRA NETO, Othon e VIEIRA, Claudia Maria Sodré (org.). **Transtorno do Estresse Pós-Traumático: uma neurose de guerra em tempos de paz.** São Paulo: Vetor Editora, 2004.