

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alceu de Oliveira Pinto Junior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth
– Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-413-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A pandemia do novo coronavírus segue exigindo de todos nós, neste ano de 2021, adaptação. O CONPEDI segue envidando esforços, nesse sentido, para reunir, em ambiente eletrônico, pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância são amplamente debatidos.

Nesse sentido, temos a honra de apresentar, aqui, aquelas pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição II”, na tarde do dia 13 de novembro de 2021.

No artigo intitulado “LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A LEI 14.133 /2021 E O CRIME DE CONTRATAÇÃO DIRETA ILEGAL PREVISTO NO ART. 337-E DO CÓDIGO PENAL”, Davi Pereira Remedio e José Antonio Remedio analisam o artigo 337-E do Código Penal, avaliando a amplitude de sua tipificação e da severidade das sanções cominadas ao delito, o que deverá contribuir para o combate à corrupção e para melhor responsabilização dos infratores participantes direta ou indiretamente das licitações e contratos administrativos.

O texto “ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O CRIME DE MANIPULAÇÃO DO MERCADO DE CAPITAIS”, de Marcelo Costenaro Cavali, Alessandra Gomes Faria Baldini e Vanessa Piffer Donatelli da Silva aborda os fundamentos econômicos que justificam a criminalização da manipulação do mercado de capitais.

Bibiana Terra e Bianca Tito, no texto intitulado “DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E A INOBSERVÂNCIA POR PARTE DO ESTADO AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: O SIMBOLISMO PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES NAS POLÍTICAS CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS DO BRASIL”, avaliam o direito penal em seu caráter emergencial, diante da inobservância por parte do Estado ao princípio da intervenção mínima preconizado no texto constitucional de 1988.

Por sua vez, no artigo “DELITOS DE PERIGO ABSTRATO DE BENS JURÍDICOS COLETIVOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA TEORIA PERSONALISTA DE

WINFRIED HASSEMER”, Airto Chaves Junior e Thiago Santos Aguiar de Pádua empreendem uma análise crítica dos delitos de perigo abstrato de bens jurídicos coletivos a partir dos critérios propostos por Winfried Hassemer.

O texto “COMUNICAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE COMO MEIO DE CONTROLE POPULAR DO SERVIÇO DE SEGURANÇA PÚBLICA”, de autoria de Bibiana Paschoalino Barbosa e Luiz Fernando Kazmierczak, analisa o caráter de direito fundamental da segurança pública, especificamos os meios de controle dos atos administrativos com enfoque no controle social, trazendo como conclusão que a comunicação da prisão em flagrante é meio efetivo de controle popular consubstanciando a efetivação da publicidade dos atos administrativos.

Ana Flavia De Melo Leite e Gabriel Silva Borges, no texto “A ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO AO INDICIADO EM SEDE DE INTERROGATÓRIO POLICIAL E A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE”, discutem a atuação do advogado juntamente ao indiciado preso em flagrante quando de sua oitiva perante a Autoridade Policial no período noturno, diante da edição da Lei 13.869/2019 que criminaliza condutas que tangenciam o procedimento como crimes de abuso de autoridade.

Em “A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES ECONÔMICOS: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E ESPANHOLA”, Edith Maria Barbosa Ramos, Roberto Carvalho Veloso e Rayane Duarte Vieira abordam a aplicação da Teoria da Imputação Objetiva no âmbito do Direito Penal Econômico, trazendo apontamentos sobre a importância da Responsabilização Criminal da Pessoa Jurídica para fins de combate à criminalidade contemporânea.

No artigo “GLOBALIZAÇÃO E CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL: A VIABILIDADE DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E MEDIDAS ALTERNATIVAS EXTRAPENAIIS”, Anna Kleine Neves e Fernanda Borba de Mattos d’Ávila avaliam a viabilidade da cooperação internacional e medidas alternativas extrapenais, empreendendo reflexões sobre a influência e consequências causadas pela Globalização e pela transnacionalidade no Direito Penal, sobre a importância da cooperação jurídica internacional e de medidas alternativas extrapenais na resolução dos possíveis conflitos.

Em seu “ESTUDO COMPARADO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL E DA PRISÃO INVESTIGATÓRIA NA ALEMANHA: O ENCARCERAMENTO DE PESSOAS E NOVAS ALTERNATIVAS EM POLÍTICAS CRIMINAIS”, Jessica de Jesus Mota e

Lucia Carolina Raenke Ertel propõem-se a demonstrar como é utilizada a prisão preventiva no Brasil e a prisão investigatória na Alemanha, estudando os principais aspectos das prisões cautelares nos dois países.

O artigo “A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DAS MÚLTIPLAS MEDIDAS SANCIONATÓRIAS INSTAURADAS SOB O MESMO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO COMO CAMINHO PARA MINORAR OS RISCOS DO BIS IN IDEM”, de autoria de Jean Colbert Dias, Anderson Ferreira e Marcelo de Souza Sampaio, investiga o campo de incidência do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, evidenciando-se uma nova vertente do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

No trabalho intitulado “INQUÉRITO DAS FAKE NEWS: ENTRE O INSTRUMENTALISMO E O GARANTISMO PENAL”, os autores João Paulo Avelino Alves De Sousa e Rejane Feitosa de Norões Milfont analisam o inquérito das fake News à luz da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, na vigência da Constituição Federal de 1988.

“CATEGORIAS PROCESSUAIS E DISCUSSÕES ACERCA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ORIGINÁRIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: AÇÃO PENAL E A DECISÃO PENAL”, de Francisco Geraldo Matos Santos e Renato Ribeiro Martins Cal, é um trabalho que apresenta considerações críticas a respeito de algumas categorias no processo penal cuja competência originária é do STF, tendo em vista a necessidade de compreender se há ou não efetivação do que o texto constitucional pós 1988 realmente se propôs a proteger no que tange ao acusado.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Silvia Altaf da Rocha Lima Cedrola e Daniel Alberico Resende, no texto “A NOVA FACETA DO DIREITO À INTIMIDADE NO MEIO AMBIENTE DIGITAL: A TIPIFICAÇÃO DO REVENGE PORN”, avaliam como as transformações e inovações tecnológicas desencadearam uma necessidade de alteração do ordenamento jurídico pátrio, mais especificamente no Direito Penal, sendo que essa necessidade, ligada ao meio ambiente digital, colide, por vezes, com o direito à intimidade, o que justifica o estudo do chamado revenge-porn, mormente a partir da análise das Leis Federais nº 12.737/2012 e nº 12.965/2014.

No artigo “CIBERCRIME E A NECESSÁRIA REFORMA DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA”, Clarisse Aparecida Da Cunha Viana Cruz, Daniel Brasil de Souza e Pedro José de Campos Garcia avaliam se a legislação penal brasileira é suficiente para proteger os cidadãos contra os cibercrimes.

O trabalho “MEDIDAS JURÍDICAS PROVISÓRIAS E JUSTIÇA DRAMÁTICA: A CRISE NA COMUNICAÇÃO ENTRE A ATIVIDADE JURÍDICO-PERSECUTÓRIA DO ESTADO E A OPINIÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA SOCIEDADE EM REDE”, de Bruna Barbosa de Góes Nascimento e Henrique Ribeiro Cardoso analisam como a atividade jurídico-persecutória do Estado nos casos que atraem a atenção pública está sendo impactada tanto pelos meios de comunicação em massa quanto pelas redes sociais que expressam em larga medida a opinião pública no contexto da atual sociedade em rede.

Em “A INEFICÁCIA DA POLÍTICA CRIMINAL NO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGRAS ENQUANTO OBJETO DE LUCRO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS”, Cristian Kiefer Da Silva analisa a ineficácia da política criminal no combate ao tráfico de drogas enquanto objeto de lucro das organizações criminosas.

O artigo “MEIO AMBIENTE DIGITAL E A AUTORIA DELITIVA NOS CRIMES CIBERNÉTICOS”, de Júlio César Batista Pereira e Reinaldo Caixeta Machado, aborda como os avanços da informática e da tecnologia têm sido palco diário de ameaças à sociedade de risco, capazes de afetar diversos segmentos que repercutem na seara jurídica e em um ambiente que foge da naturalidade, tradicionalmente tutelado pelo Direito.

No texto “A (IN)COMPATIBILIDADE DO CRIME DE DESACATO COM O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ÓTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA”, Abner da Silva Jaques, Endra Raielle Cordeiro Gonzales e João Fernando Pieri de Oliveira analisam o debate sobre a descriminalização do delito de desacato no Brasil, partindo das decisões proferidas no âmbito do STJ.

Em “CRIMES PRATICADOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ”, Airto Chaves Junior e Thiago Santos Aguiar de Pádua avaliam se os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça na análise da tipicidade material do fato nos delitos praticados contra a Administração Pública violam o Princípio da Intervenção Mínima.

Thulio Guilherme Silva Nogueira, no texto “O DIREITO À PRESENÇA FÍSICA DO IMPUTADO NOS ACORDOS PENAIIS CELEBRADOS EM AMBIENTE VIRTUAL”, questiona a viabilidade constitucional da negociação de acordos penais no ambiente virtual, concluindo que a negociação no âmbito virtual não pode ser impositiva, e deve ser tratada como faculdade da defesa.

Em “A DUPLA INCIDÊNCIA DE SANÇÃO PENAL E ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA URBANÍSTICA E O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM”, Bruna Azevedo de Castro e Sibila Stahlke Prado se debruçam sobre o tema da regulação jurídica da utilização e aproveitamento do solo e como o Direito intervém sancionando administrativa e criminalmente condutas que implicam lesão ou perigo de lesão ao ordenamento urbano.

O artigo “CONTROVÉRSIAS SOBRE O CONCEITO DE CONTUMÁCIA NO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL”, de Marcelo Batista Ludolf Gomes, aborda a dificuldade quanto à definição deste novel conceito trazido pelo Supremo Tribunal Federal ao crime de sonegação fiscal.

Por fim, o artigo intitulado “A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E A LIMITAÇÃO TEMPORAL DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA”, de Daniela Carvalho Almeida Da Costa e Gabriela Silva Paixão, abordam a temática da duração máxima da medida de segurança na jurisprudência dos tribunais superiores.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Alceu de Oliveira Pinto Júnior – UNIVALI

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

ESTUDO COMPARADO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL E DA PRISÃO INVESTIGATÓRIA NA ALEMANHA: O ENCARCERAMENTO DE PESSOAS E NOVAS ALTERNATIVAS EM POLÍTICAS CRIMINAIS

COMPARATIVE STUDY OF PRETRIAL DETENTION IN BRAZIL AND OF THE INVESTIGATIVE PRISON IN GERMANY: THE INCARCERATION OF PEOPLE AND NEW ALTERNATIVES IN CRIMINAL POLICIES

Jessica de Jesus Mota ¹
Lucia Carolina Raenke Ertel ²

Resumo

O artigo propõe-se a demonstrar como é utilizada a prisão preventiva no Brasil e a prisão investigatória na Alemanha. Estuda-se os principais aspectos das prisões cautelares nos dois países. Metodologicamente, parte-se de uma análise qualitativa, aliada à revisão bibliográfica. Conclui-se que a prisão investigatória se assemelha à prisão preventiva quanto à questão da sua finalidade, momento de decretação e legitimados. Divergem-se os institutos no que tange às hipóteses de cabimento. Por fim, nota-se que no Brasil a prisão preventiva torna-se instrumento para o encarceramento em massa da população vulnerabilizada, o que não ocorre na mesma intensidade na Alemanha.

Palavras-chave: Prisão preventiva, Prisão investigativa, Processo penal alemão, Processo penal brasileiro, Estudo comparado

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to demonstrate how preventive detention is used in Brazil and investigative detention in Germany. The main aspects of provisional arrests in both countries are studied. Methodologically, it starts with a qualitative analysis, combined with a literature review. It is concluded that investigative detention is similar to preventive detention in terms of its purpose, time of enactment and legitimacy. The institutes diverge with regard to the appropriate hypotheses. Finally, it is noted that in Brazil preventive detention becomes an instrument for the mass incarceration of the vulnerable population, which does not occur to the same degree in Germany.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Preventive detention, Investigative arrest, German criminal proceedings, Brazilian criminal procedure, Incarceration

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), bolsista CAPES. Pesquisadora no Núcleo de Pesquisa em Direito Penal e Criminologia – NUPECRIM/Cnpq.

² Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Integrante do Grupo de Pesquisa "Por que uma sociologia histórico-constitucional para a América Latina?" da UFRGS.

1 INTRODUÇÃO

O processo penal alemão se diverge do processo penal brasileiro nos mais variados pontos, desde a estrutura do judiciário até o procedimento penal como um todo. Ademais, questões sociais e culturais permeiam discussões importantes em relação à temática das prisões, de modo que a situação de violência e de violação de direitos que marca a realidade brasileira é diversa da alemã.

Ainda assim, é interessante observar as semelhanças e divergências do instituto da prisão preventiva no Brasil e da prisão investigatória na Alemanha e os efeitos que os institutos geram em suas realidades locais, em termos criminológicos. Porém, para compreendê-los, necessita-se conhecer o procedimento penal dos dois países e suas medidas cautelares, especialmente as medidas cautelares (coercitivas) da Alemanha.

Desse modo, questiona-se: como é utilizada a prisão preventiva no Brasil e a prisão investigatória na Alemanha, a partir de uma perspectiva comparada? Para responder à pergunta central este estudo propõe-se, primeiramente, a estudar os principais aspectos das prisões cautelares no Brasil e na Alemanha. Após, busca-se perquirir as diferenças e semelhanças entre os dois institutos e, assim, analisar os dados sobre encarceramento de pessoas nos dois países.

Metodologicamente, parte-se de uma análise qualitativa, aliada às técnicas de revisão bibliográfica e de estudo comparado sobre a prisão preventiva no Brasil e sobre a prisão investigatória na Alemanha. Soma-se a isso, a análise dos dados em relação ao encarceramento nos dois países. Apesar do estudo comparativo dos institutos jurídicos da prisão preventiva e da prisão investigatória, esta investigação não se propõe em comparar fenômenos sociojurídicos como o do encarceramento nos dois países, mas sim demonstrar os principais aspectos dos institutos jurídicos e seus efeitos em cada uma das realidades locais.

2 PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL E PRISÃO INVESTIGATÓRIA NA ALEMANHA

Busca-se nesta seção tratar dos principais aspectos de cada um dos institutos, desde uma análise mais ampla sobre os processos inquisitivo e acusatório, bem como seus procedimentos. Indo além, volta-se para as principais questões sobre a utilização da prisão preventiva no Brasil e da prisão investigatória na Alemanha. Assim, utiliza-se para o estudo

dos institutos mencionados os seguintes critérios de análise: **i)** finalidade e requisitos das prisões; **ii)** momento processual em que podem ser aplicadas; **iii)** legitimados para decretá-las e **iv)** hipóteses de cabimento.

2.1 PRINCIPAIS ASPECTOS DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

Em um primeiro momento, deve-se entender que no Brasil o processo penal é inquisitório. Apesar das inúmeras divergências doutrinárias, no território nacional a tendência inquisitorial do processo penal parte de uma matriz cultural portuguesa autoritária. Nesse sentido, têm-se o julgador como protagonista na produção das provas. Para além disso, existe uma certa apologia ao punitivismo, a partir dos mais variados discursos da pena que corroboram na instauração e permanência de um impulso inquisitivo e de uma mentalidade inquisitória entre os variados atores jurídicos (MELO, 2020)

Com o advento da Constituição de 1988 e a consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil, o discurso jurídico adotado difere do anterior. No artigo 3º-A do Código de Processo Penal (CPP) afirma-se que o processo penal terá estrutura acusatória, porém as práticas processuais remanescentes dos regimes autoritários continuaram as mesmas (MELO, 2020). É neste contexto que se insere a prisão preventiva, recorrentemente utilizada no Brasil. A prisão preventiva é a prisão de natureza cautelar de caráter pessoal. As medidas cautelares na justiça brasileira, como se tem hoje, foram transformadas pela reforma do CPP com a Lei nº 12.403/2011. A principal novidade trazida pela lei foi a criação de medidas cautelares de natureza pessoal distintas da prisão, consequência de uma tendência mundial inspirada pelas diretrizes fixadas nas Regras das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade (Regras de Tóquio de 1990). A referida declaração trouxe ressalvas quanto à privação de liberdade dos acusados (LIMA, 2012).

De acordo com a maioria da doutrina e da jurisprudência, a presunção de inocência não é incompatível com a prisão antes do trânsito em julgado, desde que essa prisão tenha natureza cautelar. O que seria incompatível com a presunção de inocência é qualquer forma de prisão antes do trânsito em julgado que constitua execução antecipada da pena ou que tenha efeitos de condenação penal. Logo, somente serão compatíveis as medidas cautelares propriamente ditas, ou seja, prisões processuais ou medidas cautelares alternativas à prisão (BADARÓ, 2019).

Tais medidas têm por objetivo assegurar a eficácia do processo e, por consequência, ensejam um certo sacrifício da liberdade do sujeito passivo da cautela. Esse sacrifício pode ocorrer em maior grau de intensidade nos casos da prisão preventiva e da prisão temporária, por exemplo, ou com menor lesividade, isto é, as medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP (LIMA, 2012). Desse modo, destacam-se como principais exemplos de medidas cautelares pessoais, as chamadas prisões cautelares, quais sejam: a prisão em flagrante; a prisão preventiva e a prisão temporária¹ (LIMA, 2012). Para este estudo, debruça-se sobre os principais aspectos da prisão preventiva.

A prisão preventiva é a prisão cautelar por excelência e tem por finalidade assegurar o ideal andamento do processo. Antes da Lei 12.403/2011, que trouxe outras medidas cautelares diversas da prisão, era em torno da prisão preventiva que se voltava todo o sistema de medidas cautelares pessoais (BADARÓ, 2019). É possível afirmar que a prisão preventiva apresenta certos requisitos ou pressupostos, podendo ser eles de ordem positiva ou negativa. Como pressuposto positivo faz-se necessário a presença do chamado *fumus commissi delicti* que consiste na prova da existência do crime e indício suficiente de autoria que deve estar aliado a pelo menos uma das hipóteses de *periculum libertatis* (BADARÓ, 2019).

Em relação ao referido *fumus commissi delicti*, no que concerne ao indício suficiente de autoria, o legislador utilizou o termo “suficiente” de forma imprecisa. Contudo, é possível aduzir que não é a simples possibilidade de autoria que poderia fundamentar tal requisito, visto que deverá existir certa razoabilidade, o que na prática acaba por ficar a cargo dos(as) magistrados(as). Nessa situação, eles devem definir o que seria esse indício suficiente (PRADO, SANTOS, 2018).

Numa perspectiva comparada, nota-se que em outros ordenamentos jurídicos existem diferenças marcantes em relação ao que é disposto na legislação e na prática processualista penal brasileira. No Código de Processo Penal da Espanha, por exemplo, existe previsão da prisão preventiva apenas quando os indícios de autoria e o delito tenham pena máxima superior a dois anos. Além disso, o ordenamento espanhol permite que a medida seja aplicada para além das hipóteses das cautelares (que seria a de fuga e a de proteção às provas), mas também quando houver risco de reiteração (PRADO, SANTOS, 2018).

¹ De acordo com Badaró (2019), a prisão temporária, que somente é cabível durante o inquérito policial, e tem requisitos mais tênues que os da prisão preventiva, não tem mais sentido diante de uma interpretação sistemática da decretação da prisão preventiva no curso do inquérito policial. Isso ocorre, pois a prisão preventiva pode ser decretada tanto no inquérito policial quanto na ação penal.

O *periculum libertatis*, outro pressuposto importante da prisão preventiva, significa que a não prisão pode acarretar em certos perigos, sendo esses considerados requisitos desse pressuposto nesse contexto, quais sejam: da garantia da ordem pública; da ordem econômica; por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Todos esses requisitos são amplamente discutidos na doutrina, especialmente em relação às divergências que giram em torno do conceito da ordem pública² (BADARÓ, 2019).

Com o tempo, o conceito da ordem pública passou a ser uma das categorias mais utilizadas no campo do Direito Público, visto que até mesmo aparece no artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. A partir disso, a ordem pública tornou-se um dos elementos em que se repousa o modelo liberal de Estado. Logo, se reconhece as liberdades públicas em detrimento dos direitos fundamentais (SANGUINÉ, 2014).

Contudo, o risco à ordem pública é raramente utilizado como um dos critérios para decretação da prisão preventiva entre os países membros da União Europeia. Conforme Sanguiné (2014), somente cinco países fazem uso desse critério: França, Bélgica, Portugal, Holanda e Romênia. Em relação à Alemanha, sabe-se que, historicamente, se teve uma tendência de se restringir esse critério como fundamento da prisão provisória. Desse modo, tal critério foi suprimido na legislação Alemã em 1945, dez anos depois de ser introduzida no ano de 1935 (SANGUINÉ, 2014).

Retomando aos pressupostos da prisão preventiva, o artigo 314 do CPP apresenta um pressuposto negativo ao dispor sobre situações em que ocorrem as excludentes de ilicitudes previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Código Penal. Apesar disso, tais questões somente poderão justificar a prisão preventiva caso se esteja diante de uma das suas hipóteses de cabimento dispostas no artigo 313 do CPP, que será vista posteriormente nessa seção.

Nessa esteira, debruçando-se sobre o momento de decretação da prisão preventiva, nos termos do artigo 311 do CPP, a prisão preventiva pode ser decretada tanto durante o inquérito policial quanto no curso da ação penal. Ressalta-se que, a partir da Lei 12.403/2011, a prisão em flagrante delito tornou-se uma medida pré-cautelares e, se for constatada a necessidade de imposição de medida cautelar (de prisão), não será possível converter a prisão em flagrante em prisão temporária. Em situações como essa, não resta outro caminho senão a

² De acordo com Sanguiné (2014), a cláusula da ordem pública constitui uma expressão porosa, apta para absorver qualquer situação de crise e por essa razão a doutrina nunca conseguiu determinar seu conteúdo concreto.

conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Logo, haverá prisão preventiva no inquérito policial (BADARÓ, 2019).

Quanto aos legitimados, no âmbito da Justiça brasileira, dividiu-se em aqueles que podem requerer as prisões cautelares, daqueles que podem, de fato, decretá-las. Desse modo, a prisão preventiva pode ser requerida pelo Ministério Público; pelo querelante (no caso de ação penal privada) e pelas partes da ação penal que podem requerer medidas cautelares para instrumentalizá-la (BADARÓ, 2019). Após a Lei 12.403/2011, o assistente de acusação também passou a ter legitimidade para requerer a prisão preventiva. O referido diploma legal restringiu a possibilidade do juiz de decretação de prisão preventiva *ex officio*. Porém, manteve a possibilidade da autoridade policial representar pela decretação da prisão preventiva (BRASIL, 2011). Aos legitimados, de fato, para decretar encontra-se somente a figura do juiz de direito, por meio de decisão fundamentada. Em situações em que a ação penal seja de competência originária dos tribunais, a prisão deverá ser decretada pelo desembargador (BADARÓ, 2019).

Por fim, dispõe-se que as situações de cabimento da prisão preventiva, previstas no artigo 313 do CPP, ocorrem quando há crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima não superior a 4 anos, se o agente for reincidente em crime doloso, ou se o crime envolver violência doméstica ou para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Exclui-se a possibilidade de prisão preventiva nos casos de contravenção penal ou de crime na modalidade culposa (BADARÓ, 2019).

2.2. PRINCIPAIS ASPECTOS DA PRISÃO INVESTIGATÓRIA NA ALEMANHA

Dentro do âmbito processual penal alemão prevalece o processo acusatório, visto que o direito processual contemporâneo é resultado de uma reforma desencadeada no início do século XIX e que se opôs ao modelo inquisitivo instituído na idade média (ALFLEN, 2016). Ressalta-se que um marco decisivo nesse período foi a chamada “Constituição de *Paulskirche*, a qual passou a clamar pela instauração de um processo acusatório” (ALFLEN, 2016, p. 48).

A fim de compreender como se insere o instituto da prisão investigatória na Alemanha, torna-se essencial debruçar-se sobre as principais características das etapas processuais do procedimento alemão. Logo, o procedimento alemão divide-se em: procedimento preliminar (*Vorverfahren*); procedimento intermediário (*Zwischenverfahren*);

procedimento principal (*Hauptverfahren*) e procedimento recursal (*Rechtsmittelverfahren*). Essas quatro etapas integram o processo de conhecimento no âmbito do direito processual penal alemão e, para fins deste estudo, para compreender como se insere a temática da prisão investigatória, analisar-se-á apenas as três primeiras etapas (ALFLEN, 2016).

Desse modo, o procedimento preliminar ou investigatório é o primeiro momento dentro do procedimento penal alemão e caracteriza-se por ser a etapa em que são elucidadas as circunstâncias relacionadas ao caso penal. Tais fatores permitem que o Ministério Público decida se existe ou não a chamada “razão suficiente” para promover uma acusação. O critério é rigoroso e essencial para que se promova a acusação e ele encontra-se disposto no § 170, 1, do Código de Processo Penal Alemão, no idioma original *Strafprozeßordnung* (StPO) (ALFLEN, 2016). Ademais, por ser uma etapa inicial, não vigem alguns princípios como os da oralidade, da publicidade, da imediatidade, do *in dubio pro reo* e da livre valoração judicial da prova. Apesar disso, o princípio da legalidade é muito importante nesta etapa, visto que é em razão dele que o Ministério Público é obrigado a instaurar o procedimento investigatório sempre que existirem indícios suficientes (ALFLEN, 2016).

Como se pode visualizar, o procedimento preliminar é etapa de domínio do Ministério Público que poderá investigar os fatos por si ou contar com a polícia para essa investigação. Essa etapa é instaurada por meio da comunicação (*Strafanzeige*) de qualquer pessoa ou de ofício (*Strafantrag*), porém sua abertura exige um pressuposto material importante, qual seja: a existência da chamada suspeita inicial (*Anfangsverdacht*).

Havendo tal suspeita, a partir da notificação do Ministério Público, procede-se à produção do depoimento do investigado, da vítima, das testemunhas e dos peritos. Além disso, nessa etapa também ocorre a inspeção do lugar onde ocorreu a prática delitiva, a averiguação dos instrumentos utilizados na prática do crime e o requerimento de medidas coercitivas (*Zwangmaßnahmen*). As medidas coercitivas são medidas caracterizadas por serem práticas necessárias ao asseguramento do processo que de certo modo restringe direitos ou coage o suspeito, como por exemplo o exame de DNA; a busca e apreensão ou até mesmo a prisão investigatória (*Untersuchungshaft*) prevista em §§ 112 e ss. do StPO (ALFLEN, 2016)

Dentre tais medidas destaca-se a prisão investigatória, que é objeto deste estudo. Nessa situação, ela pode ser decretada pelo juiz da investigação (*Ermittlungsrichter*) que pode também decretar outras medidas coercitivas como: o exame de DNA; mandado de busca e

apreensão; interceptação das comunicações telefônicas; informações sobre registro de ligações telefônicas e etc. Ele também age em casos em que é necessário asseguramento da prova, como o depoimento testemunhal, pericial ou do acusado (ALFLEN, 2016).

O procedimento preliminar só termina com o oferecimento da peça acusatória ou por meio do arquivamento. Desse modo, o lapso temporal entre o oferecimento da acusação ao órgão julgador e a decisão sobre a abertura do procedimento principal, é onde ocorre o chamado procedimento intermediário (*Zwischenverfahren*). Essa fase só se encerra com a decisão do julgador sobre a abertura do procedimento principal ou sua rejeição que deve ser fundamentada na inexistência de indício suficiente de autoria ou na falta de pressupostos processuais (ALFLEN, 2016).

Por fim, a última etapa a ser tratada é denominada de procedimento principal (*Hauptverfahren*), situação em que se é preparada (§§ 231- 225a do StPO) e realizada a audiência principal (§§ 226-275 do StPO). Nessa audiência, o acusado presta seu depoimento, são colhidos os depoimentos das testemunhas, ouvidos os peritos e admitidos os meios de prova (ALFLEN, 2016). Aqui, diferente do que ocorre no procedimento brasileiro, o acusado tem a última palavra em juízo (ALFLEN, 2016).

A estrutura básica do processo penal foi estabelecida em 1877 pelo StPO e permanece até então, isto é, “ um processo acusatório com princípio de investigação, segundo o qual o juiz somente pode atuar em face de uma acusação que, como regra, é promovida pelo Ministério Público” (ALFLEN, 2016, p. 50). Nesse caminho, ainda que o processo seja acusatório, o Código de Processo Penal alemão, assim como Código de Processo Penal brasileiro, prevê uma diversidade de medidas cautelares, ou seja, as chamadas medidas coercitivas (*Zwagsmaßnahmen*). Dentre essas medidas, pode-se destacar a já mencionada prisão investigatória (*Untersuchungshaft*) e a detenção provisória³ (*vorläufige Festnahme*) (ALFLEN, 2016).

Passada a contextualização no âmbito do procedimento penal alemão e devido a delimitação do objeto deste artigo, essa seção busca compreender o instituto da prisão investigatória na Alemanha, a partir de critérios também estabelecidos para compreensão da

³A detenção provisória (*vorläufige Festnahme*) está prevista no § 127, 1, do StPO. O dispositivo prevê as situações que permitem a detenção de uma forma muito peculiar, de modo que não é possível simplesmente estabelecer a detenção provisória como um correlato da prisão em flagrante prevista no processo penal brasileiro. (ALFLEN, 2016, p. 55)

prisão preventiva no contexto brasileiro. Logo, visa-se apresentar características da prisão como i) finalidade e requisitos; ii) momento processual em que pode ser aplicada; iii) legitimados e iv) hipóteses de cabimento.

A prisão investigatória tem por finalidade o asseguramento do processo e corresponde ao que seria a prisão preventiva prevista nos arts. 312 e ss. do CPP (ALFLEN, 2016). Consoante, Volk (2010) aponta a prisão investigatória/preventiva como a medida de ingerência mais gravosa, visto que atinge a liberdade do sujeito e por essa razão só pode ocorrer quando se primazia o bem comum e se tem reais chances de prejudicar o andamento do processo. Nesse sentido, a prisão investigatória não pode ser uma pena antecipada, devendo haver hipóteses de cabimento de sua aplicação, em respeito à presunção de inocência (VOLK, 2010).

Tal instituto apresenta como pressuposto imprescindível para sua decretação, a chamada ordem de prisão que somente pode ser proferida por um juiz, conforme preceitua o § 114, I, do StPO (ALFLEN, 2016). Em relação ao momento processual, a prisão investigatória pode ser decretada a qualquer momento após cessada a atividade delitiva. Isso significa dizer que a decretação pode se dar tanto no procedimento preliminar quanto no intermediário e até mesmo na audiência principal (ALFLEN, 2016).

Como já mencionado, a ordem de prisão é fator *sine qua non* para decretação da prisão investigatória que só pode ser decretada por escrito pelo juiz competente (VOLK, 2010). Logo, os legitimados sempre são os juízes competentes, de acordo com a etapa do procedimento. No caso do procedimento preliminar, o juiz competente é o juiz da investigação (*Ermittlungsrichter*) e, “após oferecida a acusação, ou seja, no procedimento intermediário, competente é o juiz incumbido de presidir o feito”(ALFLEN, 2016, p. 58).

Visto isso, é possível inferir que as hipóteses de cabimento da prisão investigatória pautam-se, na verdade, nas hipóteses de cabimento da própria ordem de prisão, sendo esse um pressuposto essencial para a própria decretação da prisão investigatória. Assim, é admissível a ordem de prisão investigatória nos casos dispostos no § 112, I, do StPO. Além disso, deve-se apresentar mais dois pressupostos legalmente exigidos, quais sejam: a) a existência de forte suspeita da prática do fato delitivo e b) a existência de fundamento legal para a prisão, quando ocorrer uma ou mais das hipóteses previstas no § 112 do StPO. As hipóteses do artigo ora mencionado são situações em que: houver fuga ou perigo de fuga, (§ 112, (2), 1 e 2 do StPO);

ocorrer perigo de ocultação (§ 112, (2), 3, do StPO) ; houver fundada suspeita da prática de delitos graves (§ 112, (3), do StPO);⁴ e ocorrer perigo de reiteração (§ 112a do StPO)⁵.

3 ESTUDO COMPARADO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL E DA PRISÃO INVESTIGATÓRIA NA ALEMANHA

A partir do exposto na seção anterior, é possível perceber semelhanças e diferenças entre os dois institutos que, por consequência, têm efeitos em termos de encarceramento de pessoas, bem como nas próprias alternativas apresentadas pelos países em relação a políticas criminais. Desse modo, esta seção propõe-se a analisar, a partir de uma perspectiva comparada, entre a prisão preventiva no Brasil e a prisão investigatória na Alemanha, os efeitos nos dois países e quais são as possíveis alternativas apresentadas.

3.1. SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL E DA PRISÃO INVESTIGATÓRIA NA ALEMANHA

Uma vez traçado um panorama geral sobre os principais aspectos da prisão preventiva no Brasil e da prisão investigatória na Alemanha, utilizando os critérios da **i) finalidade e requisitos; ii) momento processual em que pode ser aplicada; iii) legitimados e iv) cabimento**, compara-se os dois institutos conforme disposto na tabela abaixo.

Tabela 1- Estudo comparado prisão preventiva no Brasil e prisão investigatória na Alemanha

	Prisão Preventiva (Brasil)	Prisão Investigatória (Alemanha)
1. Finalidade	-Assegurar o ideal andamento do processo. -Requisitos: a) <i>fumus comissi delicti</i> e b) <i>periculum libertatis</i> (garantia da ordem pública; da ordem econômica; por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal).	-Assegurar o ideal andamento do processo. -Requisitos: ordem de prisão a) a existência de forte suspeita da prática do fato delitivo; b) a existência de fundamento legal para a prisão.

⁴Nessa situação, destaca-se que o Tribunal Constitucional Federal alemão interpretou tal artigo, conforme à Constituição. Assim, determinou-se que “para a decretação da prisão nesses casos, além da verificação da espécie de delito praticado, é imprescindível demonstrar um fundamento para a prisão, o qual pode consistir no perigo de fuga ou de ocultação” (ALFLEN, 2016, p. 58).

⁵Em relação a esse item, Aflen (2016) aponta que se tem entendido que a prisão não representa necessariamente um meio de asseguramento do processo, mas sim uma medida preventiva para proteção da comunidade jurídica.

2. Momento processual	Pode ser decretada tanto durante o inquérito policial quanto no curso da ação penal.	Pode ser decretada a qualquer momento depois de cessada a atividade delitiva. Tanto no procedimento preliminar quanto no intermediário e de audiência principal.
3. Legitimados	Juiz de direito, por meio de decisão fundamentada. Em situações em que a ação penal seja de competência originária dos tribunais, a prisão deverá ser decretada pelo desembargador.	No procedimento preliminar, o juiz competente é o do juiz da investigação e, após oferecida a acusação, no procedimento intermediário, competente é o juiz incumbido de presidir o feito
4. Cabimento	Art. 313 do CPP: 1) Crimes dolosos 2) Exclusão da possibilidade de prisão preventiva nos casos de contravenção penal ou de crime na modalidade culposa.	§ 112 do StPO: 1. Quando houver fuga ou perigo de fuga, (§ 112, (2), 1 e 2 do StPO); 2. Quando ocorrer perigo de ocultação (§ 112, (2), 3, do StPO) 3. Quando houver fundada suspeita da prática de delitos graves (§ 112, (3), do StPO); 4. Quando ocorrer perigo de reiteração (§ 112a do StPO)

Fonte: Elaboração própria com os dados da pesquisa.

Preliminarmente, ao analisar os principais aspectos da prisão preventiva do Brasil e da prisão investigatória na Alemanha, percebe-se que há uma necessidade de compreender os institutos, a partir da contextualização do que é processo penal brasileiro e o que é processo penal alemão. Nessa esteira, de imediato, destaca-se que no Brasil o processo ainda é inquisitório no que tange ao inquérito policial, por exemplo. Ainda que no artigo 3º-A do CPP disponha que o processo penal terá estrutura acusatória, ainda existem práticas processuais remanescentes dos regimes autoritários (MELO, 2020). Na Alemanha, por sua vez, o processo acusatório é bem alicerçado, o que permite maior autonomia ao Ministério Público. Tal fato influenciou na própria separação entre os procedimentos preliminar e principal, sendo o intermediário o lapso temporal entre os anteriores (ALFLEN, 2016).

Em âmbito nacional, podemos dividir o procedimento brasileiro em três etapas: o inquérito policial (que ainda não é processo); o processo de conhecimento e o processo de execução (LIMA, 2016). No procedimento alemão, por sua vez, divide-se em procedimento preliminar, procedimento intermediário, procedimento principal e procedimento recursal. No

procedimento preliminar ou investigatório deve-se haver a chamada razão suficiente para se dar início à acusação e posterior continuidade às outras etapas.

Em relação à prisão preventiva e a prisão investigatória, ambas as prisões, ainda que em diferentes realidades, fundamentam-se em razões similares, qual seja, a de assegurar o andamento do processo. Outrossim, apresentam requisitos e pressupostos com intenções parecidas, ainda que com origens diferentes. Nesse sentido, a prisão preventiva necessita do *fumus comissi delicti* - que seria o indício de autoria - aliado a algumas das hipóteses do *periculum libertatis* (garantia da ordem pública; da ordem econômica; por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal). Cabe destacar que a questão da ordem pública não aparece na Alemanha desde 1945. Em relação à prisão investigatória, do mesmo modo do que a correlata brasileira, para se ter a imprescindível ordem de prisão é preciso a existência de forte suspeita da prática do fato delitivo. Contudo, a prisão investigatória deve conter também a existência de fundamento legal para a prisão (expresso em lei).

Ambos os institutos podem ser decretados em quase todas as etapas do procedimento, sendo o juiz o legitimado. No caso da prisão investigatória o juiz muda de acordo com a etapa do procedimento, devido à organização do judiciário alemão. Assim, no procedimento preliminar vai ser o juiz da investigação e no intermediário já vai ser outra categoria de juiz, por exemplo. Nas hipóteses de cabimento dos institutos, no território nacional, foi estabelecido que cabe prisão preventiva nos casos previstos no Art. 313 do CPP, isto é, crimes dolosos, excluindo, por consequência, a possibilidade de prisão preventiva nos casos de contravenção penal ou de crime na modalidade culposa.

As hipóteses de cabimento da prisão investigatória fazem parte, na verdade, de hipóteses dentro dos pressupostos exigidos para ordem de prisão (que é imprescindível para decretação da prisão investigatória). Desse modo, as hipóteses mencionadas no artigo § 112 do StPO são: 1. Quando houver fuga ou perigo de fuga; 2. Quando ocorrer perigo de ocultação; 3. Quando houver fundada suspeita da prática de delitos graves; 4. Quando ocorrer perigo de reiteração (§ 112a do StPO).

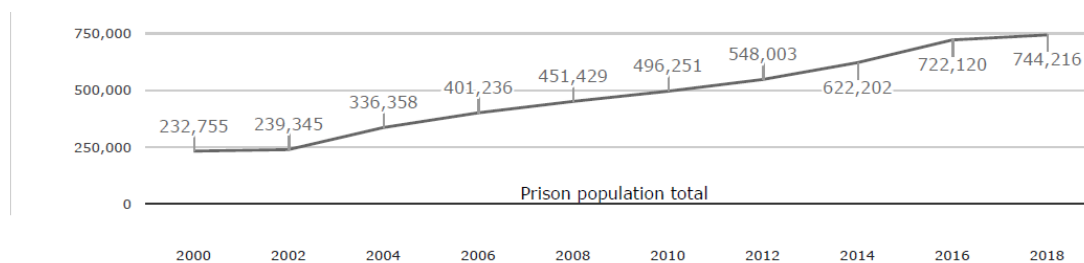
3.2. ENCARCERAMENTO DE PESSOAS E NOVAS ALTERNATIVAS EM POLÍTICAS CRIMINAIS

Ainda que em realidades diferentes, os institutos possuem finalidades similares, conforme já mencionado. Contudo, na realidade brasileira, estudos revelam que a prisão preventiva tem sido amplamente utilizada como instrumento de encarceramento em massa e neutralização de pessoas vulneráveis (BORGES, 2019). O país não cumpre determinações de órgãos internacionais quanto ao uso da prisão preventiva, nem mesmo sobre as medidas de caráter humanitário em relação às pessoas em situação de cárcere. Tal panorama possui raízes profundas, sob as quais devem ser levantadas, em especial quando se trata da desigualdade social do país e de uma política criminal pautada, historicamente, na violência e violações de direitos (BORGES, 2019).

Nesse sentido, os dados brasileiros revelam políticas de encarceramento em massa que selecionam setor específico da população brasileira, majoritariamente pessoas jovens, negras e pobres (BORGES, 2019). Os desafios socioeconômicos do Brasil e da Europa no que tange ao ambiente prisional são parecidos quando se trata da seletividade penal e os altos níveis de encarceramento de pessoas negras e pobres (LUZ; AFFONSO; ZANGANELLI, 2020). Ademais, nota-se que na Alemanha aprisiona mais estrangeiros que o Brasil, 24% na Alemanha e 0,3% no Brasil (WORLD PRISON BRIEF, 2021).

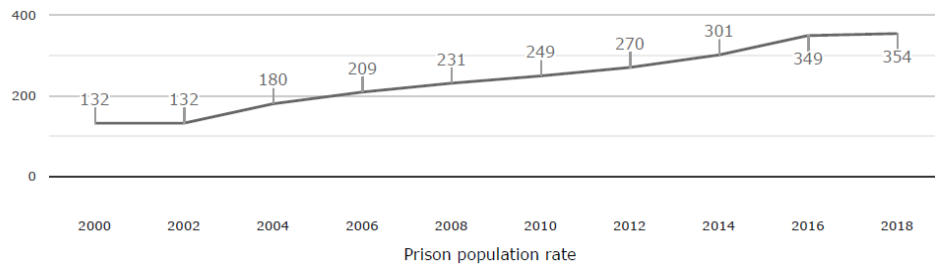
Em relação aos presos provisórios, das 759.518 pessoas atualmente presas no Brasil no ano de 2020, cerca de 30,1% ainda não tiveram condenação (WORLD PRISON BRIEF, 2021). Esses dados revelam a relevância de se estudar a questão da prisão preventiva, a partir de um olhar criminológico, a fim de repensar propostas de políticas criminais. Vide gráficos abaixo em relação ao crescimento da população carcerária total e a taxa de encarceramento dos anos 2000 ao ano 2018 no país:

Gráfico 1 - População prisional total Brasil



Fonte: World Prison Brief (2021)

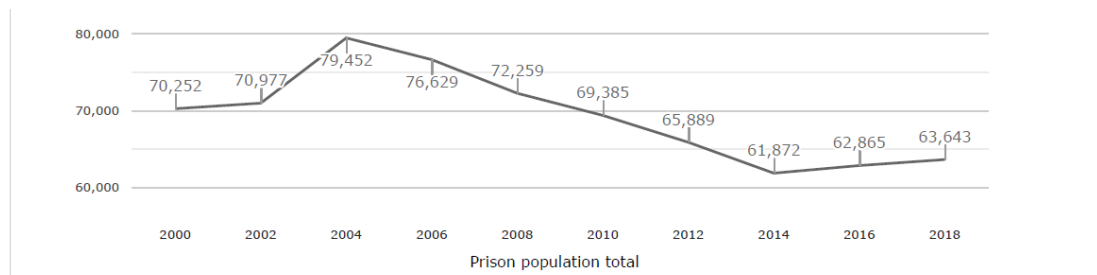
Gráfico 2 - Taxa de encarceramento Brasil



Fonte: World Prison Brief (2021)

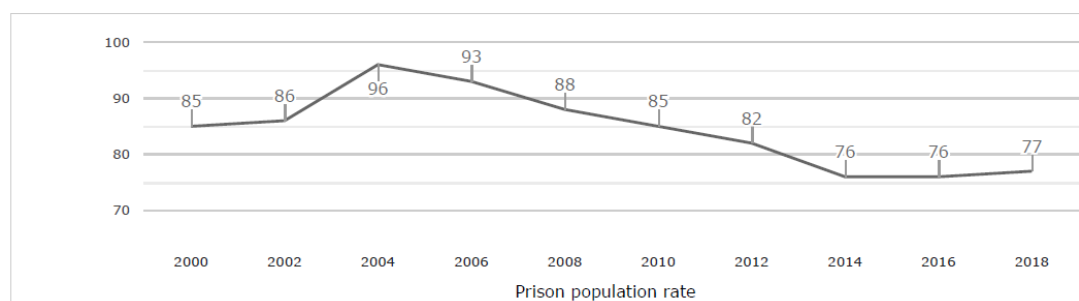
Na Alemanha, ainda que numa realidade totalmente diversa da brasileira, a utilização da prisão investigatória não apresenta dados tão distantes se comparada com o Brasil. De acordo com o *World Prison Brief* (2021), em 2020, cerca de 20,6% da população carcerária ainda não havia tido condenação.⁶ Apesar de tal panorama, “a Alemanha vem acabando com esse cenário, por meio de medidas e penas alternativas à prisão, ao contrário do Brasil, que aumenta cada vez mais seu número de prisioneiros” (LUZ; AFFONSO; ZANGANELLI, 2020, p. 15). Vide gráficos abaixo:

Gráfico 3 - População prisional total Alemanha



Fonte: World Prison Brief (2021).

Gráfico 4 - Taxa de encarceramento Alemanha



⁶Evidentemente que dentro desse número têm-se os casos de detenção provisória, por exemplo. Do mesmo modo que no Brasil existem aqueles que estão presos temporariamente. Ainda assim, nota-se que há uma utilização considerável do instituto.

Fonte: World Prison Brief (2021)

Os números são manifestações de políticas criminais nos países e devem ser olhados a partir de um viés criminológico, para além do estudo comparado dos institutos da prisão preventiva no Brasil e da prisão investigatória na Alemanha. Evidentemente, não se pode comparar os fenômenos sociojurídicos do encarceramento e sua relação com as prisões preventiva e investigatória sem apontar o distanciamento das realidades dos países, no que tange às questões econômicas, sociais e geográficas. Por essa razão, nessa seção busca-se apresentar também questionamentos atinentes ao encarceramento nos dois países e sobre alternativas em termos de políticas criminais, especialmente na Alemanha, considerando sempre o contexto das realidades dos países em estudo. Para não incorrer no risco de comparar o que é incomparável. Objetiva-se, assim, entender a utilização dos institutos da prisão preventiva e da prisão investigatória amplamente, a partir dos efeitos desses em suas respectivas realidades sociais.

Desse modo, primeiramente, cabe destacar que é sabido como o Estado pode se beneficiar com a adoção de medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, visto que poupa recursos humanos e materiais para manutenção de alguém no cárcere. Fora isso, tais medidas diminuem os riscos e malefícios inerentes a qualquer encarceramento, como a transmissão de doenças como ocorre hoje na situação da pandemia, ocasionada pelo novo coronavírus, bem como questões sociais como estigmatização e criminalização das pessoas presas (LUZ; AFFONSO; ZANGANELLI, 2020, p. 10).

Conforme já visto na seção anterior, as medidas cautelares na justiça brasileira foram transformadas pela reforma do CPP com a Lei nº 12.403/2011, situação em que se criou medidas cautelares de natureza pessoal distintas da prisão (LIMA, 2012). No art. 319 do CPP, são previstas nove medidas cautelares diversas da prisão, todas aplicáveis pelo juiz, de forma isolada ou cumulativa, ou de forma autônoma à prisão. O juiz escolhe a providência mais adequada ao caso concreto que, em certas situações, pode evitar a decretação da prisão preventiva, uma vez que: "(...) a redução da prisão cautelar significa o desencarceramento de cidadãos sem condenação definitiva, que eram submetidos desde o início do processo ao contato nefasto com o submundo de valores criados pela cultura da prisão" (LIMA, 2012, p. 29).

Quando se fala da Alemanha, nota-se que, apesar de 20,6% da população carcerária ser composta por pessoas que ainda não tiveram condenação, a pena de prisão não é medida imposta compulsoriamente. Especialmente, em termos de condenação, visto que já no próprio Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch*) são previstas as penas restritivas de direitos (LUZ; AFFONSO; ZANGANELLI, 2020). Além disso, como existem imensas dificuldades dos apenados conseguirem o dinheiro da multa, por exemplo, alguns estados como o da Baixa Saxônia, na Alemanha, desenvolveram projetos que auxiliam os apenados em pagar a multa e conseguir empregos (LUZ; AFFONSO; ZANGANELLI, 2020).⁷

Assim, na Alemanha, 79% dos condenados recebem penas diversas da prisão e, no Brasil isso ocorre com apenas 20% dos réus. Isso ocorre, pois, enquanto a sociedade brasileira é permeada por ideias de que punições mais severas irão inibir a criminalidade, os alemães utilizam as prisões como última ferramenta (LUZ; AFFONSO; ZANGANELLI, 2020). Desse modo, ainda que os dados apontem que a prisão investigatória é consideravelmente utilizada na Alemanha, as reverberações desse instituto nos níveis de encarceramento destoam da realidade brasileira. Isso ocorre, pois na Alemanha se propõem condenações diversas da pena de prisão em maior escala, o que tem efeito no número de encarcerados.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa investigação tem por objeto de estudo compreender como é utilizada a prisão preventiva no Brasil e a prisão investigatória na Alemanha, a partir de uma perspectiva comparada. Para tanto, estudou os principais aspectos das prisões cautelares no Brasil e na Alemanha. Assim, partindo de uma análise mais ampla sobre processo penal nos dois países, debruçou-se sobre o procedimento Alemão que se divide em: procedimento preliminar, intermediário e principal.

Após, aprofundou-se nas discussões em relação às principais características nas medidas cautelares dos países, no que tange, especialmente, a utilização da prisão preventiva e da prisão investigatória. Utilizou-se para este estudo comparado os seguintes critérios de análise: **i)** finalidade e requisitos das prisões; **ii)** momento processual em que podem ser

⁷O projeto chamado “Schwitzen Statt Sitzen” tem por finalidade auxiliar os infratores a arranjam empregos comunitários para além de pagarem as multas e é administrado pelo Ministério de Justiça da Baixa Saxônia desde 1991(LUZ; AFFONSO; ZANGANELLI, 2020).

aplicadas; **iii)** legitimados a decretá-las e **iv)** hipóteses de cabimento. Desse modo, nota-se que a prisão investigatória se assemelha à prisão preventiva quanto à questão da sua finalidade, do momento de decretação e dos legitimados (ainda que em uma estrutura procedimental diversa). Divergem-se os institutos no que tange às hipóteses de cabimento, que na Alemanha são requisitos dentro do pressuposto essencial da ordem de prisão.

Por fim, nota-se que no Brasil, dado o cenário de desigualdade social, a prisão preventiva torna-se instrumento para o encarceramento em massa da população vulnerabilizada, o que não ocorre na mesma intensidade na Alemanha. O país europeu utiliza consideravelmente a prisão investigatória, mas aplicam mais penas diversas da prisão quando se trata da condenação, o que tem efeitos no número de encarcerados.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Apresentação (Vorführung) ou Audiência de Custódia no Processo Penal alemão. In: ANDRADE, M. F.; ALFLEN, Pablo Rodrigo (Org.). **Audiência de Custódia** – Entre a boa intenção e a boa técnica. Porto Alegre: FMP, 2016.

ALEMANHA. Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch-StGB*). Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/ Acessado em: 15 abr. 2021.

ALEMANHA. Código de Processo Penal (*Strafprozeßordnung - StPO*). Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/index.html Acessado em: 15 abr. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 7ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Polén, 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acessado em: 20 set. 2020.

BRASIL, 2011. Lei n. 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, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm Acessado em: 02 maio 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e**. 2ª. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4ª. ed. Salvador: JusPodvm, 2016.

LUZ, Fábio Henrique Cordeiro; AFFONSO, Lucas Brandão; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Penas alternativas: um estudo comparado entre Brasil e Alemanha. **Derecho y Cambio Social**, n. 61, p. 01-19, jul-set 2020. ISSN 2224-4131.

MELO, Marcos Eugênio Vieira. **Oralidade e contraditório no processo penal brasileiro: em busca da superação da tradição inquisitorial**. São Paulo: IBCCRIM, 2020.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VOLK, Klaus. **Curso fundamental. Ordenanza Procesual Alemana**. 7º. ed. Munique: Beck Verlag, 2010.

WORLD PRISON BRIEF. 2021. **World Prison Brief data Brazil**. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/country/brazil> Acessado em: 22 mar. 2021.

WORLD PRISON BRIEF. 2021. **World Prison Brief data Germany**. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/country/germany> Acessado em: 22 mar. 2021.