



**CENTRO UNIVERSITÁRIO LUTERANO DE PALMAS**

Recredenciado pela Portaria Ministerial nº 1.162, de 13/10/16, D.O.U. nº 198, de 14/10/2016  
AELBRA EDUCAÇÃO SUPERIOR - GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO S.A.

DANIELLA ANDRADE MARTINS LEITE

**PRISÃO PREVENTIVA E OS REFLEXOS TRAZIDOS PELA LEI Nº 13.964/2019**

Palmas - TO

2020

DANIELLA ANDRADE MARTINS LEITE

**PRISÃO PREVENTIVA E OS REFLEXOS TRAZIDOS PELA LEI Nº 13.964/2019**

Trabalho de Curso em Direito apresentado como requisito parcial da disciplina de Trabalho de Curso em Direito II (TCD II) do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA.

Orientador(a): Prof(a). Ma. Andrea  
Cardinale Urani Oliveira de  
Morais

Palmas - TO

2020

DANIELLA ANDRADE MARTINS LEITE

**PRISÃO PREVENTIVA E OS REFLEXOS TRAZIDOS PELA LEI Nº 13.964/2019**

Trabalho de Curso em Direito apresentado como requisito parcial da disciplina de Trabalho de Curso em Direito II (TCD II) do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA.

Orientador(a): Prof(a). Ma. Andrea Cardinale Urani Oliveira de Morais

Aprovado (a) em: \_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof(a). Ma. Andrea Cardinale Urani Oliveira de Morais  
Centro Universitário Luterano de Palmas

---

Prof(a). [nome e titulação do Professor(a)]  
Centro Universitário Luterano de Palmas

---

Prof(a). [nome e titulação do Professor(a)]  
Centro Universitário Luterano de Palmas

Palmas - TO

2020

Dedico este trabalho a Deus, que sempre me deu amparo e me iluminou; aos meus familiares e amigos que sempre acreditaram no meu potencial, em especial aos meus avós Maria Angélica e Ismael, e principalmente a minha mãe Julien, minha melhor amiga.

Agradeço a Professora Mestra Andrea Cardinale, quem me orientou durante esta monografia e serviu de inspiração por todo o trabalho realizado não só dentro da faculdade, mas também fora dela.

“Se fracassar, ao menos que fracasse ousando grandes feitos, de modo que a sua postura não seja nunca a dessas almas frias e tímidas que não conhecem nem a vitória nem a derrota”.

Theodore Roosevelt

## **RESUMO**

Através de pesquisa teórica fundamentada em levantamento teórico conceitual, buscou o presente trabalho tratar da questão referente à prisão preventiva, a limitação da utilização da prisão preventiva nos moldes da Lei nº 13.964/2019. Devido à necessidade de se estabelecer um estudo que abarcasse não somente questões inerentes a uma determinada área de conhecimento, levou-se em consideração, para a elaboração da presente pesquisa, aspectos sociais e jurídicos referentes ao assunto, por tratar-se de tema intrinsecamente interdisciplinar. Constatou-se no sistema legislativo pátrio que as mudanças trazidas pela Lei nº 13.964/2019 foram positivas para evitar a banalização da prisão preventiva.

**Palavras-chave:** Legislação; Banalização; Prisão Preventiva

## **ABSTRACT**

Through theoretical research based on a conceptual and theoretical survey, this resent work sought to address the issues of preventative detention and the limitation of its use per Law No. 13.964/2019. Due to the need to establish a study that covered not only inherent matters, social and legal aspects related to the subject, were also taken into account in preparation for this research, as it is an intrinsically interdisciplinary theme. Through assessing the national legislative system, this work found that the changes brought by Law No. 13.964/2019 were successful in avoiding the bannalization of preventative detention.

**Keywords:** Legalization- Bannalization- Preventative Detention



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....</b>	<b>11</b>
1.1 O PAPEL DOS PRINCÍPIOS.....	11
1.2 EXCURSO HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ..	11
1.3 REFLEXOS PROCESSUAIS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....	14
<b>2. PRISÃO PREVENTIVA E SEUS FUNDAMENTOS.....</b>	<b>21</b>
2.1 PRISÃO .....	21
2.2 CONCEITO DE PRISÃO PREVENTIVA.....	22
2.3 CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA .....	23
2.4 MOMENTO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS .....	24
2.5 PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA.....	25
2.5.1 Fumus commissi delicti .....	25
2.5.2 Periculum libertatis.....	26
2.6 FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA .....	26
2.6.1 Garantia da ordem pública.....	26
2.6.2 Garantia da ordem econômica .....	27
2.6.3 Conveniência da instrução criminal .....	29
2.6.4 Segurança da aplicação da lei penal .....	29
2.7 CONDIÇÕES E ADMISSIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA.....	30
2.8 MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA .....	31
2.9 DA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA .....	32
<b>3. OS REFLEXOS DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.964/2019 NA REALIDADE DE PRISÕES PROVISÓRIAS.....</b>	<b>33</b>
3.1 PRISÕES PROVISÓRIAS: CONHECENDO A REAL SITUAÇÃO BRASILEIRA.....	34
3.2 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO RESPONSÁVEL POR GRANDE PARTE DAS PRISÕES PROVISÓRIAS BRASILEIRAS .....	36
3.3 ANÁLISE CRÍTICA DOS ARGUMENTOS QUE PERMEIAM A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES QUE DECRETAM A PRISÃO PREVENTIVA E AS LIMITAÇÕES LEGAIS DA LEI Nº 13.964/2019 .....	39
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>43</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>44</b>

## INTRODUÇÃO

Para a realização deste trabalho busco focar nas modificações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 como limitação à utilização da prisão preventiva, ressaltando aspectos constitucionais ligados ao tema, em especial, o princípio da presunção de inocência, devendo a Constituição Federal ser a fonte primária a nortear o processo penal.

A análise se refere também aos aspectos críticos da real situação da prisão provisória brasileira, bem como dos argumentos que permeiam a fundamentação das decisões que decretam a prisão preventiva, dando destaque à utilização do fundamento de garantia de ordem pública em grande parte das prisões provisórias brasileiras.

Cumprindo esclarecer que o tema que se apresenta é um estudo em discussão, que trata das alterações feitas pela Lei nº 13.964/2019, também conhecida como Pacote Anticrime, que recentemente entrou em vigor, fazendo, desta forma, com que ainda não houvesse uma consolidação da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, e tampouco grande discussão no meio acadêmico.

Este estudo foi dividido em três capítulos, iniciando-se com a abordagem sobre o princípio da presunção de inocência, cujo objetivo é o estudo do seu papel e seus reflexos processuais no processo penal brasileiro.

O segundo capítulo foi direcionado para a prisão preventiva e seus fundamentos, com enfoque nas modificações trazidas pela Lei nº 13.964/2019, analisando os seus fundamentos, pressupostos, condições de admissibilidade e a exposição das exigências legais no que se refere a motivação e fundamentação da prisão preventiva.

No terceiro capítulo, a abordagem é direcionada aos reflexos das alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 na realidade brasileira, incluindo um breve contexto a respeito da utilização da garantia da ordem pública como principal fundamento na decretação das prisões provisórias no Brasil, e finalizando com a análise crítica dos argumentos que permeiam a fundamentação das decisões que decretam a prisão preventiva sob o óbice das limitações legais da referida lei.

Neste estudo sobre a prisão preventiva, a pesquisa realizada foi somente teórico conceitual, com a análise sobre as alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019, que contribuem para o fim da banalização da decretação prisão preventiva, em respeito à Constituição Federal, e em especial ao princípio da presunção de inocência.

## 1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

### 1.1 O PAPEL DOS PRINCÍPIOS

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 882) define princípio como “mandamento nuclear de um sistema, ou disposição fundamental que irradia sobre as normas, compondo-as o espírito e servindo de critério para a sua compreensão e inteligência, por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo”.

Ricardo Maurício Freire Soares (2014, p. 45) ensina que o “vocábulo princípio significa, em uma acepção vulgar, início, começo ou origem das coisas, transpondo o vocábulo para o plano gnosiológico, os princípios figuram como os pressupostos necessários de um sistema particular de conhecimento”.

A natureza jurídica dos princípios é motivo de discussão entre os doutrinadores, especialmente sobre se tratar ou não de uma norma jurídica, visto que possuem alto valor de abstração.

De acordo com Ricardo Marcondes Martins (2018 *apud* BANDEIRA DE MELLO, 2007) o sistema normativo seria um conjunto de normas que é presidido pelos princípios, que tem a missão de fazer com que não ocorra somente a soma das normas e sim um ordenamento jurídico, harmônico e coerente.

Atualmente, os princípios são, na maioria das vezes, tratados como normas jurídicas, com aplicação imediata, como garantia da efetivação dos direitos fundamentais. Eles foram normatizados para exercer o seu papel de norteador das regras, com o objetivo, dependendo do caso, de afastar a incidência no caso concreto.

A importância dos princípios para o Direito é indiscutível, vez que defendem os direitos fundamentais, garantindo, especialmente, a lealdade processual, efetividade e segurança jurídica.

### 1.2 EXCURSO HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A palavra presunção tem origem latina e de acordo com Cretela Júnior (1944, p. 896), significa “antecipar, tomar antes ou por primeiro, prever, imaginar previamente. Assim, indica uma forma de se tomar, de antecipar, algo que ainda não aconteceu ou que espera que aconteça”.

O princípio da presunção da inocência remota do século XVIII, na revolução liberal,

que para alguns doutrinadores seria a versão técnica do princípio *in dubio pro reo*, apesar da origem deste último princípio ser do direito romano, com base nos do cristianismo.

Mirza (2015, p. 543) assim esclarece sobre a consagração do princípio:

A presunção da inocência foi consagrada pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo artigo 9º proclamava o duplo significado do preceito idealizado pela Assembléia Nacional Francesa. De um lado, regra processual, segundo a qual o acusado não é obrigado a fornecer provas de sua inocência, que é presumida; de outro, regra de tratamento, impedindo a adoção de medidas restritivas de liberdade do acusado, ressalvados os casos de absoluta necessidade. (sic)

A presunção de inocência surgiu para atender as exigências iluministas, que partiram do pressuposto que era preferível a absolvição de um culpado do que a condenação de um inocente, dando-se início a substituição do procedimento inquisitório por um que assegurasse a estrita legalidade das punições, assim como a igualdade entre a acusação e a defesa.

O Professor Marcus Vinícius Furtado Coelho (2019, p. 7), expõe que após a Segunda Guerra Mundial, o princípio da presunção da inocência foi disseminado, em especial, pelo pensamento jurídico-liberal, sendo recepcionado por doutrinadores internacionais, com a afirmação dos valores fundamentais da pessoa humana.

Coelho (2019, p. 12) ensina ainda que a ONU, em 1948, aprovou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que dispôs em seu artigo 11.1 que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa”.

O ilustre professor Coelho (2019, p. 7), reforça que embora as Nações Unidas tenham realizado uma enumeração detalhada e minuciosa das garantias mínimas em favor de toda pessoa acusada da prática de um delito, houve críticas pela ausência de mecanismos para aplicação prática eficiente, reduzindo sua tutela a recomendações de cunho político.

O Pacto de San José de Costa Rica, Convenção Americana de Direitos Humanos (1969, n.p.), que assegurou a presunção da inocência no artigo 8º, afirma: “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

O Princípio da Presunção da Inocência passou a ter status de verdadeira limitação ao exercício da repressão no Estado de Direito, a partir da sua inclusão nas Constituições modernas como preceito básico do direito processual.

O Brasil aderiu à Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), e assim, parte

da doutrina já considerava o aludido princípio como base do ordenamento brasileiro. Entretanto, o princípio da presunção da inocência não fora efetivamente respeitado.

Mirza (2015, p. 545) *apud* Tourinho Filho (2008, p. 69), acentua que:

Não foi observada nenhuma reforma processual que pretendesse amoldar o nosso diploma processual penal ao princípio da Presunção de Inocência, chegando-se à conclusão de que a adesão do nosso representante junto a ONU, àquela Declaração, foi tão somente poética, lírica, com respeitável dose de demagogia diplomática. Entretanto, desde a Constituição de 1988, Tourinho Filho diz que a situação mudou e aduz: agora é diferente, o princípio foi erigido à categoria de dogma constitucional.

Na legislação brasileira, o princípio da presunção da inocência consta no artigo 5º, LVII, Constituição Federal de 1988, que assim dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988, n.p.).

O professor Gomes (1999, p. 109) assim ensina:

O princípio da presunção da inocência (ou de não culpabilidade) do ponto de vista extrínseco (formal) configura um direito constitucional fundamental, inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa (art. 5º, CF) e, do ponto de vista intrínseco (substancial), é um direito de natureza predominantemente processual, com repercussões inequívocas no campo probatório, das garantias (garantista) e de tratamento do acusado.

No campo do direito material, a projeção do preceito no âmbito de interpretação das leis penais e de limitação à atividade legislativa. Por fim, aponta as características das garantias “não jurisdicionais”, tais como: a eficácia direta e imediata do preceito e sua força vinculatória de todos os poderes (públicos e particulares) e das garantias “jurisdicionais”, o acesso à jurisdição, em face da não observância do direito fundamental e o controle de constitucionalidade das leis, que obriga o acatamento à primazia das normas constitucionais.

A redação usada na Carta Magna inspirou-se na Constituição Italiana de 1948 e, não utilizou expressamente a locução presunção de inocência, suscitando uma interpretação dúbia sobre o preceito constitucional. Essa redação dúbia remonta ao debate doutrinário que envolveu as escolas penais italiana: a liberal clássica, a positivista e a técnico-jurídica.

No tocante a posição das escolas, assim ensinou Vilela (2000, p. 38):

Para a escola clássica, a presunção de inocência é encarada como um postulado fundamental, de que parte a ciência penal nos seus estudos acerca do processo penal, de tal forma que se manifestará inexoravelmente naquela, seja ao nível das regras de competência, seja na legal, completa e atempada notificação, seja na moderação a ter em conta quando da prisão preventiva, seja ao nível da matéria de prova, seja ao nível da prudência que deverá estar presente quando da audição das testemunhas, seja nas condições de legalidade para obtenção da confissão.

A aludida autora (2000, p. 38), assim se manifesta sobre as Escolas Positivista e

Técnico-Jurídica:

A escola positivista, e mais tarde com maior acuidade, a escola técnico-jurídica, rejeitam o princípio da presunção de inocência concebido nos moldes da doutrina clássica, baseando-se em argumentos de política criminal, revelando uma preocupação com o enfraquecimento de medidas de defesa social contra a delinquência. Daqui decorre ainda que estas escolas rejeitem qualquer instituto que possa ser relacionado com o princípio do favor rei, uma vez que enfraqueciam a ação processual do Estado.

O princípio da presunção da inocência foi se consolidando ao longo do tempo, tornando-se essencial para o sistema penal no Estado Democrático de Direito. No Brasil, só passou a ser efetivamente respeitado com sua previsão na Constituição Federal de 1988.

### 1.3 REFLEXOS PROCESSUAIS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A cada dia que passa, consolida-se o entendimento de que o princípio da presunção da inocência deve ser entendido como o coroamento do *due process of law* e da democracia moderna.

A presunção de inocência é indissociável ao princípio do devido processo legal, vez que sem este último princípio, a presunção de inocência sujeitaria-se as circunstâncias variáveis, sócio-políticas e a arbitrariedade estatal.

Tratam-se de princípios interdependentes, que traduzem a concepção da exigência do reconhecimento da culpabilidade, de um processo justo, com igualdade de armas entre o poder repressivo estatal e o direito à liberdade.

No que se refere à consagração da presunção de inocência ou de não culpabilidade, Malatesta (2001, p. 139) sustenta:

A experiência nos mostra que são, felizmente, em número muito maior os homens que não cometem crimes que aqueles que os cometem; a experiência nos afirma, por isso, que o homem ordinariamente não comete ações criminosas, isto é, que o homem é, via de regra inocente: e como o ordinário se presume, também a inocência.

Eis a que fica reduzida a presunção indeterminada e inexata de bondade, quando se queira determinar nos limites racionais. Não falamos, por isso, de presunções de bondade, mas de presunção de inocência, presunção negativa de ações e omissões criminosas, presunção sustentada pela grande e severa experiência de vida.

Leonardo Aguiar (2015) conceitua o direito penal, grosso modo, como o ramo do direito que busca regular a sociedade, harmonizando as relações sociais, determinando infrações e sanções. O doutrinador esclarece ainda, que verificada a adequação do caso a

norma penal incriminadora, após o devido processo legal, é esperado o poder punitivo estatal, com a imposição de pena ao réu, restringindo-lhe direitos fundamentais. Neste momento que a presunção da inocência atua como reguladora do modo de agir do Estado.

Vitor Moreno Catena (2015) discorre que o processo penal é um instrumento de política criminal, que deve ser eficaz e dar uma resposta às infrações contra os bens jurídicos mais precisos para a sociedade, sendo fundamental na luta contra a criminalidade.

Entretanto, não se pode esquecer das garantias processuais na persecução penal, respeitando as exigências e os direitos fundamentais que constam na Constituição, códigos processuais e textos internacionais sobre direitos humanos.

Atualmente, de acordo com o raciocínio de Catena (2015), exige-se que a justiça penal modifique as obsoletas instituições jurídicas próprias do modelo inquisitório para o modelo acusatório, tendo como finalidade não somente castigar o culpado, mas garantir um julgamento justo.

O princípio da presunção da inocência como direito fundamental de conteúdo processual é fundamental, pois salvaguarda os direitos básicos da pessoa que está submetida ao processo.

Para uma reforma processual penal eficiente, Varalda (2007) destaca que é importante se estabelecer um equilíbrio entre dar uma resposta eficaz às infrações contra os bens jurídicos tutelados pelo Estado e garantir o direito do acusado à presunção da inocência, a um processo justo, rápido, sem dilações indevidas.

A presunção de inocência é imprescindível para o sistema penal, pois norteia o processo penal para os parâmetros constitucionalmente admissíveis, na resolução do conflito jurídico entre a sociedade, que teve os bens jurídicos tutelados pelo Estado afetados, e o autor da infração, que pode ou não ter realizado uma conduta ilícita.

Varalda (2007) assevera que é importante lembrar que o processo penal trata de interesses públicos, para determinar ou não uma sanção penal que pode afetar o exercício de direitos fundamentais, mais concretamente a liberdade de uma pessoa, sendo necessário, portanto, verificar se as medidas que foram adotadas tanto para investigar como para decidir pela imposição de possível sanção, respeitaram as determinações constitucionais, de garantia aos direitos fundamentais.

Para Vitor Moreno Catena (2015) o princípio da presunção da inocência é uma regra de julgamento, uma pessoa somente pode ser tida como culpada quando for condenada e o julgador tiver alcançado a convicção sobre a sua culpabilidade sem qualquer dúvida razoável,

baseando-se nas provas, obtidas legalmente, que compõe os autos do processo penal. O acusado deve ser tratado como inocente durante todo o procedimento penal até que uma sentença transitada em julgado declare a sua responsabilidade.

Vitor Moreno Catena (2015, p. 103) esclarece sobre oito pontos sobre a presunção da inocência defendidos pela comunidade internacional:

- i) a presunção de inocência só se aplica a favor da pessoa contra quem se apresentaram queixas;
- ii) o acusado deve ser tratado como se não tivesse cometido qualquer infração até que o Estado, por meio das autoridades responsáveis pelo exercício da ação penal, apresente provas suficientes para que um tribunal independente e imparcial o declare culpado;
- iii) a presunção de inocência requer que os membros do tribunal não tenham uma ideia preconcebida de que o acusado tenha cometido a infração da qual é acusado;
- iv) não se deve produzir qualquer pronunciamento judicial sobre a culpabilidade do acusado antes de este ter sido declarado culpado por um tribunal;
- v) o acusado não poderá ser detido em regime de prisão preventiva salvo por motivos excepcionais e, se o for, desfrutará de condições de detenção adequadas à sua presumível inocência;
- vi) a carga da prova da culpabilidade recai sobre o Estado, e qualquer dúvida será favorável ao acusado e este poderá negar-se a responder às perguntas;
- vii) geralmente, não será exigido ao acusado que apresente provas autoincriminatórias e
- viii) os seus bens só poderão ser embargados mediante processo adequado.

O processo penal deve ser rápido, não podendo manter indefinidamente as acusações, pois a sujeição perpétua do acusado é incompatível com a presunção da inocência. O dever de preservar a esta aplica-se a todas as autoridades judiciais, servidores públicos em geral e policiais, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH).

Varalda (2007, p. 50) esclarece:

É certo que as presunções são normas de comportamento, em que o legislador formula regras de “dever ser” e estão fundamentadas em valores ideológicos e técnicos. Desse modo, para a apreciação do alcance da presunção de inocência, deve-se considerar principalmente o seu valor ideológico, ao tempo em que exprime uma orientação do legislador, ou seja, a garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal. Neste aspecto, o princípio se impõe não apenas no momento da decisão judicial, senão também como regra de tratamento do suspeito, que não pode tão-somente igualar-se ao culpado, por se tratar efetivamente de suspeito, indiciado, imputado ou réu.

Frequentemente, a repercussão midiática a que a pessoa submetida ao processo penal sofre, ao tratar de sua detenção ou acusação a qual é submetida, é muito mais danosa que a sentença condenatória.

O raciocínio de Varalda (2007) é que a opinião pública com a imagem da acusação



tem maior espaço nos meios de comunicação do que o desfecho do processo penal e até mesmo a condenação. A imagem inicial perdura e mesmo que o acusado seja declarado inocente, a reparação do seu direito torna-se praticamente impossível.

Por este fato, as informações repassadas pelas autoridades aos meios de comunicação devem ser sempre para evitar que o suspeito torne-se, na realidade, um condenado. A informação pública sobre a investigação é possível, desde que não haja uma declaração de culpabilidade do acusado e a manifestação seja discreta e prudente, preservando a presunção da inocência.

Ainda sob a ótica de Varalda (2007) no decorrer do procedimento penal, a presunção de inocência deve ser adotada não só na proibição de apresentar uma pessoa como culpada antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, como quando da imposição de medidas cautelares, pois a adoção dessas medidas supõe a privação ou limitação de direitos pessoais ou patrimoniais para o acusado, que goza da presunção de inocência, mas se vê privado de usufruir de direitos a partir da acusação, muitas vezes lhe sendo imposta uma medida exatamente idêntica a pena.

A regra de tratamento imposta pela presunção da inocência deve ser levada em consideração tanto na investigação do delito como na adoção de medidas cautelares. A tarefa de explicar a compatibilidade entre o respeito pelo direito fundamental à presunção de inocência como regra de tratamento na adoção de medidas restritivas de direito ou invasivas não é fácil.

Primeiramente, Catena (2015) entende que tem que ser esclarecido o que autorizaria a decretação de intromissões que privam de direitos uma pessoa que está amparada constitucionalmente pela presunção da inocência, sem haver sentença condenatória transitada em julgado.

Somente no momento do trânsito em julgado da sentença condenatória que se substitui a presunção da inocência pela certeza de culpabilidade. O sistema penal deve garantir que só tem que sofrer sanção penal quem é verdadeiramente culpado, sem qualquer dúvida razoável. A partir do momento que a lei autoriza a adoção de medidas restritivas de direitos contra um acusado, tanto as garantias como as provas não são respeitadas.

No caso de aplicação de medidas cautelares, Catena (2015) enfatiza que estas devem sempre respeitar o princípio da proporcionalidade, a fim de que a medida adotada seja adequada aos seus fins, proporcionalmente aos fatos que a sanção mereça e de modo que o sacrifício imposto ao acusado não seja mais oneroso do que o possível resultado condenatório

da sentença.

A presunção de inocência vale para todos os momentos do procedimento processual penal. Bento (2007) enfatiza que por ocasião do julgamento, a regra da carga probatória prevalece, não cabendo ao acusado a carga de transmitir a sua inocência, bastando que sua defesa suscite uma dúvida razoável para ter como resultado a sentença absolutória. Afinal, para a sentença condenatória, o julgador tem que chegar a convicção acerca da culpabilidade, sem qualquer dúvida.

Outra questão que merece atenção é que no processo penal, de acordo com Bento (2007), o acusado não tem a obrigação de colaborar com as autoridades do sistema penal, a fim de proporcionar a acusação elementos que causem a sua condenação, pois tal situação contraria o princípio da presunção da inocência.

O acusado tem o direito a não se autoincriminar e de não cooperar, não só como direito de defesa, mas sob a perspectiva da presunção de inocência, amparando a passividade do acusado perante a atividade investigadora dos poderes públicos e o desenvolvimento do processo penal.

Em que pese não se poder exigir que o acusado proporcione elementos e dados que possam o incriminar, isso não significa dizer que o Estado deve ficar inerte.

Somente a legislação deve estabelecer como a investigação penal deve ser conduzida a fim de descobrir o ocorrido e assim, perseguir e sancionar de forma eficiente a infração, vez que se trata de direitos das pessoas, em especial os fundamentais, frisando que, no Estado de Direito, a verdade não pode ser obtida a qualquer preço.

Bento (2007) esclarece que as ações tomadas durante a investigação, podem afetar não só o acusado como a terceiros que tenham interesse em garantir a sua impunidade, por este motivo as diligências investigativas são reguladas por lei e permitem que as autoridades utilizem-se de recursos jurídicos para impedir novos atos ilícitos a fim de dificultar ou tornar impraticável o fornecimento de provas ou elementos necessários para modificar a presunção de inocência.

Deste modo, mesmo que as medidas de investigação afetem a esfera jurídica e material do acusado, restringindo os seus direitos fundamentais, se forem autorizadas legalmente, sem a violação de seus direitos, satisfazendo todas as demais exigências do ordenamento jurídico, serão consideradas legítimas e poderão ser utilizadas como elemento comprobatório de acusação e de convicção do julgador no tocante a culpabilidade do acusado.

Uma das fontes de prova são as declarações do acusado, que podem ser compostas de

informações incriminatórias, que o levarão a sua condenação. As declarações devem ser voluntárias, sendo proibida qualquer possibilidade de violência, pressão ou ameaça para o acusado com a finalidade de forçá-lo a falar.

A natureza essencial das declarações do acusado é de um ato de defesa e como tal, deve ser considerado, podendo se manifestar sobre tudo que entender conveniente para o esclarecimento dos fatos e para a sua defesa.

Por se tratar de um ato de defesa, as declarações devem ser obtidas com as cautelas e garantias especiais, como: assistência obrigatória de advogado; tem que ser lhe esclarecido que está fornecendo informações na condição de acusado; de ser lhe esclarecida a acusação e tem que lhe ser concedido o direito a declarar e o de não declarar, em todo ou em parte sobre o que lhe for perguntado.

As autoridades públicas não podem submeter o acusado a um interrogatório contra a sua vontade, submetendo-o a perguntas que não quer responder. O direito à dignidade da pessoa humana também ampara o acusado contra os excessos e a coação, tratamentos cruéis, degradantes e desumanos a que o acusado pode ser submetido para fornecer declarações.

O direito ao silêncio não visa somente evitar as coações, como também a permiti-lo decidir sobre a sua declaração, sem que seu silêncio seja a fundamentação para a sentença condenatória, com a utilização da citação popular: quem cala, consente.

Não pode haver censura ao direito ao silêncio e tampouco ter efeito incriminatório, pois ele não deve ter efeito algum e os fatos constitutivos da acusação devem ser apresentados pelo acusador, no Brasil, pelo Ministério Público Estadual ou Federal, dependendo da competência e natureza do delito.

Neste sentido, discorre Catena (2015, p. 110):

Portanto, o direito ao silêncio deve ser incondicional, sem qualquer consequência jurídica prejudicial para o seu titular que o tenha decidido exercitar, porque, de outro modo, estar-se-ia a negar o próprio direito, e trair-se-ia o seu conteúdo essencial caso se aduzisse essa consequência prejudicial para o arguido.

Constata-se que o princípio da presunção da inocência e do *in dubio pro reo* são verdadeiras normas-princípios, que tem aplicação cogente, que devem valer sempre e não somente em casos específicos.

Como regra probatória, este princípio tem como consequência exigir que o processo penal seja carregado de material probatório da culpabilidade do acusado, se existir, desonerando-lhe do ônus da prova de sua inocência, preservando os valores, em especial, o da

liberdade, em um Estado Democrático de Direito, que por pior que possa parecer é melhor que os regimes autoritários que o Brasil já teve.

## 2. PRISÃO PREVENTIVA E SEUS FUNDAMENTOS

### 2.1 PRISÃO

O doutrinador Tourinho Filho (2018) define prisão como a supressão da liberdade individual de ir e vir. Já Mirabete (2006, p. 361) assim conceitua:

A prisão em sentido jurídico, é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal. Entretanto, o termo tem significados vários no direito pátrio, pois pode significar a pena privativa de liberdade (“prisão simples” para o autor de contravenções; “prisão” para crimes militares, além de sinônimo de “reclusão” e “detenção”), o ato de capturar (prisão em flagrante ou em cumprimento de mandato) e a custódia (recolhimento da pessoa ao cárcere). Assim, embora seja tradição no direito objetivo o uso da palavra em todos esses sentidos, nada impede se utilize os termos captura e custódia com os significados mencionados em substituição ao termo prisão.

A decretação da prisão somente ocorrerá por meio de decisão judicial, sendo dispensado o mandado judicial quando o infrator estiver em flagrância delitiva.

Neste aspecto, vale ressaltar que o mandado de prisão deve ser lavrado por um escrivão e conseqüentemente assinado por autoridade competente, indicando o nome ou os sinais característicos da pessoa que tiver que ser presa, bem como a sua devida fundamentação e o nome do agente encarregado do cumprimento da obrigação (CAPEZ, 2016).

Sobre o tema, ensina Mirabete (2006, p. 363):

A prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente, que, hoje, é apenas a autoridade judiciária (art. 5º, LXI, da CF). Mas, por permissão constitucional, pode se efetuar a prisão sem mandado judicial nas hipóteses de flagrante (art. 5º, LXI), transgressão militar ou crime propriamente militar (art. 5º, LXI), prisão durante o Estado de defesa (art. 136, § 3º, I) e do estado de sítio (art. 139, II), além de se permitir pela lei processual a recaptura do foragido (art. 684 do CPP), caso em que o recolhimento anterior era legal por ter sido ele autuado em flagrante ou por ter sido recolhido em virtude de expedição de mandado de prisão.

A Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 5º, LXI, assegura que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, ressalvando os casos de transgressão militar ou crime militar próprio, definidos em lei (BRASIL, 1988).

Em consonância com esse dispositivo, o artigo 282 do Código de Processo Penal dispõe que, com exceção do flagrante delito, a prisão só será efetuada mediante ordem escrita de autoridade competente, nos casos previstos em lei (BRASIL, 1941).

Os doutrinadores dividem a prisão em diversas modalidades, e os principais tipos de prisão, consideradas pelo Supremo Tribunal Federal são: a temporária, preventiva, em flagrante, civil do não pagador da pensão alimentícia, para execução da pena e preventiva para fins de extradição (BRASIL, STF, 2009).

## 2.2 CONCEITO DE PRISÃO PREVENTIVA

O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, STF, n.p.), assim resumiu as principais características da prisão preventiva:

Prisão Preventiva: A prisão preventiva atualmente é a modalidade de prisão mais conhecida e debatida do ordenamento jurídico. Ela pode ser decretada tanto durante as investigações, quanto no decorrer da ação penal, devendo, em ambos os casos, estarem preenchidos os requisitos legais para sua decretação. O artigo 312 do Código de Processo Penal aponta os requisitos que podem fundamentar a prisão preventiva, sendo eles: a) garantia da ordem pública e da ordem econômica (impedir que o réu continue praticando crimes); b) conveniência da instrução criminal (evitar que o réu atrapalhe o andamento do processo, ameaçando testemunhas ou destruindo provas); c) assegurar a aplicação da lei penal (impossibilitar a fuga do réu, garantindo que a pena imposta pela sentença seja cumprida).

O STF rotineiramente vem anulando decretos de prisão preventiva que não apresentam os devidos fundamentos e não apontam, de forma específica, a conduta praticada pelo réu a justificar a prisão antes da condenação. A Constituição Federal determina que uma pessoa somente poderá ser considerada culpada de um crime após o fim do processo, ou seja, o julgamento de todos os recursos cabíveis.

O doutrinador Tourinho Filho (2018) explica que a prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar, regida pela Constituição Federal, que pode ser decretada pelo juiz, tanto no inquérito policial como na instrução criminal.

Não há obstáculo para a decretação da prisão preventiva antes da conclusão do inquérito policial, independente se a ação é pública ou privada, poderá ocorrer sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e motivos autorizadores (TOURINHO FILHO, 2018).

O Código de Processo Penal Brasileiro (BRASIL, 1941) dispõe sobre a prisão preventiva nos artigos 311 e seguintes:

Art. 311 - Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

O doutrinador Cunha (2020) em amplo sentido, define prisão preventiva como aquela decretada antes da ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com o mesmo significado da prisão processual, cautelar, provisória ou prisão sem pena.

A prisão preventiva tem o objetivo de garantir a correta aplicação jurisdicional. A medida só deve ser aplicada em caso de extrema necessidade, com caráter excepcional, a fim de não violar os direitos fundamentais do acusado.

### 2.3 CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

Alguns doutrinadores vislumbram inconstitucionalidade no dispositivo legal que autoriza a decretação da prisão preventiva, sob o argumento de ferir o artigo 5º, LVII da Constituição Federal.

A doutrina garantista, como é chamada os que defendem essa teoria, argumenta que é inadmissível toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória e que a prisão preventiva trata-se de uma crueldade (CUNHA, 2020).

Entretanto, a Carta Magna deve ser interpretada sistematicamente e não de forma isolada. O artigo 5º, LXI, da Constituição Federal trata da possibilidade da prisão em flagrante e em seguida autoriza a prisão por decisão escrita e fundamentada de juiz competente. Essa última possibilidade não se trata de prisão em flagrante, vez que essa independe de ordem judicial.

A previsão constitucional refere-se a toda e qualquer ordem de prisão, seja decorrente de sentença definitiva, cautelar ou preventiva (CUNHA, 2020). A legislação infraconstitucional teve o cuidado de reservar a possibilidade de prisão preventiva, em caráter de excepcionalidade, como prevê o artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal, podendo ser revogado a qualquer tempo.

O papel da prisão preventiva não pode ser menosprezado, em especial nos casos mais graves, que não houve prisão em flagrante e que a prisão é necessária para estancar a reiteração delituosa, de um *serial killer* ou de um estuprador contumaz, por exemplo.

Mirabete (2007 *apud* CUNHA, 2020, p. 255) adverte que a prisão preventiva é “considerada um mal necessário, uma fatal necessidade, uma dolorosa necessidade social perante a qual todos devem se inclinar”. Desta forma, difícil entender que a prisão

preventiva colide com o princípio da presunção da inocência previsto na Constituição Federal.

#### 2.4 MOMENTO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A prisão preventiva pode ser decretada na fase de investigação policial ou quando já deflagrado o processo penal. Vale ressaltar que em sentido amplo, investigação policial deve ser entendida como investigação presidida pelo Ministério Público, Comissão Parlamentar de Inquérito ou ainda Receita Federal, ou seja, em qualquer procedimento que antecede a deflagração do processo crime (LOPES JÚNIOR, 2019).

O prazo máximo de duração da prisão preventiva não é estipulado pela legislação, haja vista que respeita a peculiaridade de cada caso concreto.

O critério adotado para a duração de prisão preventiva é a razoabilidade, prevista no artigo 5º, LXXVII da Constituição Federal, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que resguarda a duração razoável do processo e a adoção de medidas que garantam a celeridade da tramitação (LOPES JÚNIOR, 2019).

A Lei nº 13.964/2019 alterou o artigo 316 do Código de Processo Penal, ao dispor que o órgão emissor da decisão deverá revisar a necessidade da manutenção da prisão preventiva a cada noventa dias, mediante decisão fundamentada, sob pena da prisão se tornar ilegal (CUNHA, 2020).

A redação original do artigo 311, do Código de Processo Penal, permitia que o juiz decretasse a prisão preventiva de ofício, seja durante as investigações ou no processo penal. Considerando o sistema acusatório, a Lei nº 13.964/2019 alterou o artigo 311 supra mencionado, proibindo o juiz de agir de ofício em qualquer fase da persecução, sendo assim, a decretação da prisão preventiva, bem como da temporária, depende de provocação (CUNHA, 2020).

O conflito existe entre essa alteração e a Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006, que em seu artigo 20 dispõe que em qualquer fase do inquérito ou instrução criminal poderá ser decretada a prisão preventiva do agressor, de ofício pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial (CUNHA, 2020).

Aury Lopes Júnior (2001 *apud* CUNHA2020, p. 260) afirma que “são logicamente incompatíveis as funções de investigar e ao mesmo tempo garantir o respeito aos direitos do



imputado. São atividades que não podem ficar nas mãos de uma mesma pessoa, sob pena de comprometer a eficácia dos direitos individuais” e em suma, a credibilidade da administração da justiça.

O princípio da especialidade pode ser utilizado como argumento pela manutenção da prisão preventiva de ofício contida na Lei Maria da Penha. Neste sentido, deve ser observada que esta não é especial em relação do Código de Processo Penal, vez que o seu artigo 20 somente reflete o exposto na antiga redação do artigo 311 do Código de Processo Penal (CUNHA, 2020).

O Ministério Público e a autoridade policial, por meio de representação, são legitimados para requerer prisão preventiva na fase de investigações, já que o querelante e o assistente somente poderão fazê-lo quando já deflagrada a ação penal, respeitando o disposto no artigo 268 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

O recurso cabível da decisão que nega o pedido de prisão preventiva ou que a revoga é o recurso em sentido estrito, e contra a decisão que decretou a prisão não há previsão de recurso, somente a impetração de *habeas corpus*, tudo conforme o disposto no artigo 581, V, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

## 2.5 PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva se justifica como forma de preservação da ordem pública e econômica, por necessidade da instrução criminal e como garantia da futura aplicação da lei penal, nos termos do artigo 312, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Ensina Cunha (2020) que a prisão preventiva tem caráter de prisão cautelar, devendo, portanto, preencher todos os requisitos típicos de qualquer medida cautelar, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

### 2.5.1 Fumus comissi delicti

O pressuposto *fumus comissi delicti*, implica na prática de fato aparentemente criminoso, ou seja, tem que haver tipicidade aparente, verossimilhança acusatória, com comprovação da existência de um crime e indícios suficientes de autoria (LOPES JÚNIOR, 2019).

Não pode haver qualquer dúvida da existência do crime, deve existir prova da materialidade do delito e não se exige certeza absoluta da autoria deste, que é necessária somente por ocasião da prolação da sentença, hipótese que eventual dúvida é dirimida em favor do agente (LOPES JÚNIOR, 2019).

Tem-se, portanto, que basta a existência de indícios de autoria, probabilidade razoável, que será analisado de acordo com o caso concreto pelo juiz, utilizando-se apenas do prudente arbítrio, sem qualquer regra predefinida.

### **2.5.2 Periculum libertatis**

O pressuposto *periculum libertatis* refere-se ao risco que o agente em liberdade possa criar à garantia da ordem pública, econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

A doutrina e a jurisprudência, antes das modificações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 já o utilizava, apesar de não estar explícito no artigo 312 do Código de Processo Penal (CUNHA, 2020).

Os fatos que justificam a prisão pretendida devem ser contemporâneos à decisão que a decreta, em razão da urgência intrínseca às cautelares, neste sentido se posiciona a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como no julgamento do HC 509.878/SP, j. 05/09/2019, que integra as teses do STJ sobre a prisão preventiva.

## **2.6 FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA**

Os fundamentos da prisão preventiva constam na primeira parte do artigo 312 do Código de Processo Penal, podendo ser decretada para garantia da ordem pública, econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, BRASIL, 1941).

### **2.6.1 Garantia da ordem pública**

Ordem pública nada mais é que a paz social, cuja tranquilidade é um dos objetivos principais do Estado, previsto no preâmbulo da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Na ocasião em que a tranquilidade social é ameaçada por agente que delinque, é necessária a decretação da prisão preventiva, devido a periculosidade do agente, que se sente motivado a

prosseguir em suas práticas delituosas, visto que até então não tenha sofrido nenhuma penalidade.

A reincidência e maus antecedentes apontam para a probabilidade de que outros crimes possam ser cometidos, autorizando assim, a decretação da prisão preventiva (CUNHA, 2020).

Muitos doutrinadores criticam o requisito da ordem pública como fundamento da prisão preventiva, entre eles, Aury Lopes Júnior (2019, p. 118) que assim se manifesta:

Assume contornos de verdadeira pena antecipada, violando o devido processo legal e a presunção de inocência. Sanguiné explica que a prisão preventiva para garantia da ordem pública (ou, ainda, o clamor público) acaba sendo utilizada com uma função de “prevenção geral”, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir.

Existe discussão acerca da inconstitucionalidade da prisão preventiva sob esse fundamento, pois não cumpre seu papel de tutela ao processo, seu caráter cautelar e instrumental (LOPES JÚNIOR, 2019). O mesmo autor defende que o conceito de ordem pública é vago, sujeito a interpretações diversas, inclusive de cunho ideológico.

O Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, STF, n.p.), na jurisprudência de teses, especificamente na tese 12, enfatiza:

A prisão cautelar pode ser decretada para garantia da ordem pública potencialmente ofendida, especialmente nos casos de: reiteração delitiva, participação em organizações criminosas, gravidade em concreto da conduta, periculosidade social do agente, ou pelas circunstâncias em que praticado o delito (modus operandi).

O entendimento que tem prevalecido é que a mera gravidade do crime não justifica a decretação da prisão preventiva, mas sim o risco que a sociedade correrá (LOPES JÚNIOR, 2019).

## **2.6.2 Garantia da ordem econômica**

A prisão preventiva pode ser decretada sob o fundamento da garantia da ordem econômica, que tem como finalidade evitar a ganância do agente que comete ação atentatória à livre concorrência, à função social da propriedade, as relações de consumo e com abuso do poder econômico (CUNHA, 2020).

Essa modalidade de fundamentação foi incluída pelo artigo 86 da Lei nº 8.884/94 (antiga Lei Antitruste). Atualmente, à exceção dos artigos 86 e 87 da referida lei, é regulada pela Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências (BRASIL, 2011).

Novamente, o legislador optou por um conceito indeterminado, que abre brecha a diversas interpretações, recebendo, assim, as mesmas críticas formuladas ao conceito de ordem pública.

Rogério Sanches Cunha (2020, p. 273) *apud* Nestor Távora e Fábio Roque Araújo (2010, p. 395) faz uma importante observação sobre o tema:

Tratando dos crimes contra o sistema nacional, a Lei 7492/1986 admite, além das hipóteses já contempladas no art. 312 do CPP, a decretação da prisão preventiva em razão da magnitude da lesão provocada pelo delito (art. 30). Segundo a doutrina majoritária, o fundamento não foi recepcionado pela Constituição Federal, afinal, a estrutura da lesão, isoladamente, não pode servir para justificar a constrição da liberdade, sendo consequência do crime, devendo ser levada em conta a dosimetria da pena, e não para o cárcere cautelar. Todavia, a jurisprudência não é sensível ao argumento, que continua com elemento de sustentação do cárcere cautelar.

Em decorrência de investigações envolvendo órgãos estatais, políticos e seus respectivos partidos e grandes conglomerados empresariais, tem-se verificado a ocorrência de crimes que atingem a administração pública, como: corrupção, peculato, lavagem de dinheiro e outros contra o sistema financeiro nacional (CUNHA, 2020).

Normalmente estes crimes são cometidos por pessoas influentes econômica e politicamente, que podem causar não só risco direto a ordem pública como na esfera econômica, com a manipulação do mercado financeiro, por exemplo, e por isso passou a ter maior importância a prisão preventiva como garantia de ordem econômica, que sempre foi o fundamento menos utilizado entre os descritos no artigo 312 do Código de Processo Penal (CUNHA, 2020).

### **2.6.3 Conveniência da instrução criminal**

A prisão preventiva sob o fundamento da conveniência da instrução criminal, que tem por objetivo preservar a prova processual, visa garantir a sua regular produção, imune a qualquer ingerência negativa do agente (LOPES JÚNIOR, 2019). Essa medida é tomada especialmente para evitar ameaças a testemunhas e vítimas e destruição de vestígios do crime que possam dificultar ou desfigurar a prova.

A doutrina já criticava a expressão conveniência contida no texto antigo do artigo 312 do Código de Processo Penal, sugerindo a sua substituição pela palavra necessidade da instrução criminal, a fim de deixar claro o caráter excepcional da medida, sua imprescindibilidade (LOPES JÚNIOR, 2017).

A prisão preventiva sob este fundamento não pode ser utilizada como finalidade de coagir ou estimular o agente a colaborar na investigação ou na instrução do processo criminal, vez que não cabe a ele o dever de auxiliar as autoridades na descoberta da verdade real, como também não pode se dar por comodismo, objetivando ter o agente sempre à disposição (ZAFFARONI, 2013).

### **2.6.4 Segurança da aplicação da lei penal**

O último fundamento que o artigo 312 do Código de Processo Penal prevê é a possibilidade de decretação de prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal. Trata-se de uma forma de assegurar a futura aplicação da pena, que será frustrada caso não se prenda o agente.

Normalmente, esse tipo de fundamentação é utilizada quando o agente não possui residência fixa, ocupação lícita ou foge no decorrer do processo. Também se configura no caso de desfazimento de patrimônio, obtenção sem qualquer justificativa de cidadania estrangeira, ou plano de mudança de domicílio sem qualquer comunicação prévia (LOPES JÚNIOR, 2019).

Vale salientar que a prisão preventiva somente pode ser decretada quando não for cabível outra medida cautelar, nos termos do artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal. A prisão preventiva por descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, não se trata de inovação, vez que já estava prevista no texto antigo do referido artigo (LOPES JUNIOR, 2019).

## 2.7 CONDIÇÕES E ADMISSIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

Preenchidos os requisitos e pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, verifica-se se que o caso concreto preenche também as exigências do artigo 313 do mesmo Código, bastando a incidência de uma das situações.

No caso dos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, afasta-se a possibilidade de decretação de prisão preventiva nos crimes na forma culposa, não havendo qualquer inovação neste sentido pela entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019 (CUNHA, 2020). A prisão preventiva não é cabível nos casos de contravenção penal, vez que a referência feita pelo legislador diz respeito a crimes, não cabendo analogia neste caso (LOPES JÚNIOR, 2019).

A redação anterior do artigo 313 só admitia a prisão preventiva para os crimes dolosos punidos com pena de reclusão. Todavia, atualmente o artigo não faz essa diferenciação, tratando apenas da pena privativa de liberdade, independente se a pena cominada ao delito é de detenção ou reclusão (CUNHA, 2020).

No caso de condenação anterior, se o crime foi doloso, com pena de reclusão, detenção ou multa, em sentença transitada em julgado, é cabível a decretação da prisão preventiva, ressalvado o disposto no artigo 64, I, do Código Penal (CUNHA, 2020). Sendo assim, é cabível a preventiva nos casos em que o réu contar com uma condenação anterior, capaz de configurar a reincidência na eventualidade de nova condenação.

Ultrapassado o prazo de cinco anos entre a nova infração e a data do cumprimento ou extinção da pena, não há mais reincidência e o crime anterior não pode ser considerado, não podendo servir de justificativa para a decretação da prisão preventiva (LOPES JÚNIOR, 2017).

A prisão preventiva também será cabível se o crime envolver violência doméstica e familiar, contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, a fim de garantir a execução das medidas preventivas de urgência (BRASIL, 1941).

No caso de dúvida sobre a identidade civil, pode ser decretada a preventiva, enquanto perdurar a dúvida, em especial, quando o agente não fornecer dados que permitam o esclarecimento da verdade. Essa possibilidade já era tratada pela lei que cuida da prisão temporária (LOPES JÚNIOR, 2017).

Para a decretação da prisão preventiva, sob este fundamento, não basta a existência de dúvida quanto a identidade da pessoa, devendo existir também a presença dos demais

pressupostos que ensejam a decretação desta, sendo eles: prova de materialidade, indícios de autoria, segurança de aplicação penal, conveniência da instrução criminal ou garantia da ordem pública ou econômica (LOPES JÚNIOR, 2017).

A Lei nº 13.964/2019 trouxe como inovação ao artigo 313 a proibição de decretação de prisão preventiva com a finalidade de antecipar o cumprimento de pena ou decorrência imediata de investigação criminal ou apresentação ou recebimento da denúncia (CUNHA, 2020).

## 2.8 MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

A motivação das decisões é essencial em respeito ao princípio constitucional da publicidade e controle dos atos judiciais, a ser exercido pelos poderes públicos, sociedade e jurisdicionados (ZAFFARONI, 2013).

Nas decisões judiciais, fundamentação e motivação tem funções distintas. A motivação trata de questões de fato e de direito, *causa petendi*, enquanto a fundamentação tem o objetivo de solução do pedido, apresentando um fundamento jurídico aplicável ao caso concreto (ZAFFARONI, 2013). Na decisão o juiz deve mencionar de modo claro e preciso os fatos que o levaram a considerar a decretação da prisão por garantia de ordem pública ou qualquer um dos outros fundamentos.

A Lei nº 13.964/2019 incluiu o §1º no artigo 315 do Código de Processo Penal, que exige que o juiz, ao decretar a prisão preventiva, indique concretamente a existência de fatos novos, contemporâneos que justifiquem a adoção da medida (CUNHA, 2020). A mesma lei inovou também ao inserir o §2º, que descreve pormenorizadamente o que é considerada uma decisão não fundamentada.

Neste sentido, ensina Rogério Sanches Cunha (2020, p. 296):

Da simples leitura do novel dispositivo acrescentado pela Lei 13.964/19, reprodução fiel do art. 489, §1º do CPC, conclui-se que a decisão do magistrado deve fugir ao lugar comum, evitando frases feitas, verdadeiros “carimbos”, que permitem sua reprodução em série, aplicáveis a todo e qualquer caso, sem o mínimo de individualização da situação posta em apreciação.

Deve ser censurada a decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso concreto ou a superação do entendimento (LOPES JÚNIOR, 2019).

## 2.9 DA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

O texto antigo do artigo 316 do Código de Processo Penal previa que o juiz poderia revogar a prisão preventiva no correr do processo, assim que o motivo de sua decretação cessasse, e decretá-la novamente caso houvesse justificativa (CUNHA, 2020).

O novo texto do artigo, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, estabeleceu que o juiz pode revogar de ofício ou a pedido das partes a prisão preventiva, desde que tenha se extinguido o motivo da decretação ou surja fato novo que não justifique a manutenção da decisão (CUNHA, 2020).

A decisão que decreta a prisão preventiva é revogável, mas antes exige-se a apreciação da causa no estado em que se encontra, *rebus sic stantibus*. Da decisão que revoga a prisão preventiva cabe recurso em sentido estrito, nos termos do artigo 581, V, do Código de Processo Penal (CUNHA, 2020).

Não há impedimento que vez revogada a medida, apareçam motivos para nova decretação. Todavia, essa última decisão não poderá ser de ofício, dependendo de provocação. A alteração reforça a ideia de transitoriedade inerente à prisão preventiva, que se satisfaz com meros indícios suficientes de autoria, em caráter de exceção, reservada as hipóteses taxativas elencadas em lei (CUNHA, 2020).

Já existia uma preocupação da magistratura no tocante ao excesso de prazo ou a manutenção da prisão preventiva após o cumprimento de sua finalidade, sendo adotado como praxe, baseando-se em decisão do Conselho Nacional de Justiça, que para o agente preso por mais de três meses, deveria o juiz tomar providências para o andamento do processo ou do inquérito (CUNHA, 2020).

A Lei nº 13.964/2019, ao acrescentar o parágrafo único ao artigo 316, estabeleceu que a decisão que decretou a prisão preventiva deveria revisar a necessidade de sua manutenção a cada noventa dias, mediante decisão fundamentada, sob pena de o constrangimento se tornar ilegal (CUNHA, 2020).



### **3. OS REFLEXOS DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.964/2019 NA REALIDADE DE PRISÕES PROVISÓRIAS**

A Lei nº 13.964/2019, que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal brasileira, foi sancionada em 24 de dezembro de 2019 e entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020, respeitando o prazo da *vacatio legis* de trinta dias, sendo esse período bastante exíguo diante das diversas e consideráveis mudanças que trouxe em relação à prisão provisória.

No Brasil, a prisão temporária foi instituída pela Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, pouco depois de promulgada a Constituição Brasileira de 1988 e desde então a prisão provisória é um dos temas mais discutidos dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

O trabalho legislativo que resultou na Lei nº 13.964/2019 é digno de críticas e elogios, entretanto, as críticas alertam para equívocos que podem ser corrigidos pela Casa de Leis ou pela jurisprudência e por ter se passado somente alguns meses da entrada em vigor da referida lei, por óbvio que qualquer análise crítica somente se limitará a decisões que decretaram a prisão provisória neste curto espaço de tempo, vez que ainda não existe posição jurisprudencial consolidada sobre o tema.

Ressalta-se que devido à pandemia do coronavírus, as alterações impostas pela Lei nº 13.964/2019 não estão sendo efetivamente colocadas em prática e diferentes decisões estão sendo tomadas em processos relacionados à prisão preventiva. Casos concretos devem ser reavaliados, conforme Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, sendo priorizados os casos de pessoas que integram o grupo de risco e aquelas que demonstrem condições pessoais favoráveis ao contágio.

A fim de exemplificar, no Distrito Federal, o juízo da 3ª Vara de Entorpecentes indeferiu um pedido de revogação de prisão preventiva no processo PJe 0704778-02.2020.8.07.0001, alegando que teve por base o risco de contágio pela COVID-19 no estabelecimento em que se cumpria a pena, tendo a defesa do requerente alegado que: “diante da superlotação das unidades carcerárias, é impossível evitar que os internos fiquem a menos de dois metros de distância uns dos outros e que, portanto, há possibilidade de contágio em massa” (TJ/DFT, 2020, n.p.). Entretanto, a juíza entendeu que pelo fato do infrator não demonstrar nenhum tipo de comorbidade que o integre ao grupo de risco do vírus, manteve a prisão preventiva do requerente.

Em caso contrário, o juiz da 13ª Vara Criminal de Salvador optou pela revogação da prisão preventiva decretada no processo 0531710-02.2019.8.05.0001 (CONJUR, 2020), a dois

homens acusados de roubo majorado, tipificado no art. 157, § 1º do Código Penal. Mesmo reconhecendo a natureza grave do crime e considerando o histórico dos réus, levando em conta seu espírito humanitário, tendo em vista a pandemia, o magistrado substituiu a prisão preventiva por medidas cautelares, tais como comparecimento mensal obrigatório em juízo, proibição de se ausentar por mais de 08 dias do distrito da culpa sem comunicar ao juízo o crime e recolhimento residencial até às 22h.

### 3.1 PRISÕES PROVISÓRIAS: CONHECENDO A REAL SITUAÇÃO BRASILEIRA

O processo penal contemporâneo somente se legitima se for devidamente constituído a partir da Constituição Federal. Os movimentos repressivistas fazem com que cada vez mais a liberdade seja provisória e a prisão provisória seja adotada como regra. (LOPES JÚNIOR, 2019)

A liberdade individual é pressuposto do Estado Democrático de Direito, que decorre do direito à vida e a dignidade da pessoa humana, que estão consagrados pela Constituição, ao contrário do poder de punir do Estado. Por este motivo, em respeito à Constituição Federal, a liberdade não pode ser provisória e a prisão provisória não pode ser regra (LOPES JÚNIOR, 2019).

É inegável que exista a crise da teoria das fontes, na qual a lei ordinária vale mais que a Carta Magna, sendo corriqueiro a negação da Constituição como fonte, sem o reconhecimento de sua eficácia imediata e executividade. Tal situação tem que ser veementemente combatida (LOPES JÚNIOR, 2019).

O Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN realizou o levantamento nacional de informações penitenciárias relativo ao período de julho a dezembro de 2019, concluindo que o Brasil tem população carcerária de 748.009 (setecentos e quarenta e oito mil e nove) pessoas, sendo 222.558 (duzentos e vinte e dois mil, quinhentos e cinquenta e oito) presos provisórios, que corresponde a 33% (trinta e três por cento) do total da população carcerária, sendo na sua maioria homens (DEPEN, 2019).

Na Justiça Federal em todo Brasil, de julho a dezembro de 2019, foram presos 3.756 (três mil, setecentos e cinquenta e seis) pessoas, sendo que 1.531 (um mil, quinhentos e trinta e um) eram presos provisórios (DEPEN, 2019). O Departamento Penitenciário Nacional declarou que no Estado do Tocantins, de julho a dezembro de 2019, foram realizadas 4.480

(quatro mil, quatrocentos e oitenta) prisões, com 1.592 (um mil, quinhentos e noventa e dois) presos provisórios (DEPEN, 2019), em operações na esfera estadual.

Em 2017, ciente desta situação, o Conselho Nacional de Justiça coordenou uma operação denominada Choque de Justiça, com o objetivo de regularizar a situação de presos perante a lei, visando também reduzir a superlotação dos presídios, para julgamento de 56.477 (cinquenta e seis mil, quatrocentos e setenta e sete) processos judiciais em que os réus foram presos sem condenação. O resultado foi de 36.797 (trinta e seis mil, setecentos e noventa e sete condenações, 4.621 (quatro mil, seiscentas e vinte e uma) absolvições e na revogação de 21.700 (vinte e uma mil e setecentas) prisões (CNJ, 2017).

Os dados demonstram, podendo dizer ainda que comprovam, a banalização do instituto da prisão provisória, que deveria ser exceção, mas na realidade é utilizado como regra no processo penal brasileiro.

Neste sentido, é salutar a crítica feita por Zaffaroni (2013, p. 191):

Dissemos que há uma pena de morte aleatória também por nenhum delito, porque cerca de 70% dos presos da região não estão condenados, e sim submetidos a medidas cautelares (prisão preventiva). Dessa cifra, entre 20 e 25% serão absolvidos ou liberados sem julgamento, ou seja, encontram-se na prisão por nada e para nada.

A Lei nº 13.964/2019 trouxe alguma limitação à prisão preventiva, especialmente ao exigir que o magistrado motive e fundamente adequadamente a decisão que a determina. Acredita-se que não se utilizando da fundamentação padrão, o caso concreto será analisado pormenorizadamente e vários agentes não se enquadrarão nas condições necessárias para a decretação da prisão provisória (CUNHA, 2020).

Convém ressaltar que a permanência do réu, como preso provisório, dura em média de dois a três anos, o que é totalmente incompatível para uma medida de natureza cautelar (ZAFFARONI, 2013), cuja finalidade é garantir a eficácia da investigação ou do processo, sem que haja intervenções por parte do suposto infrator.

Não se leva em consideração se a pessoa acaba libertada ou absolvida, já que por ter sido presa carregará o estigma, dada a criminologia midiática pública de sua detenção, embora sua libertação não repercuta na mesma intensidade. Trata-se de prática corrente e não de erros judiciais, mas sim de prisão sem causa, na modalidade de prisão preventiva (ZAFFARONI, 2013).

O magistrado se protege na criminologia midiática, conforme grau de periculosidade política ou judicial, em que se leva em conta o grau de perigo que uma libertação, uma

absolvição ou a colocação em liberdade judicial pode representar para o juiz. Não houve medição do número de prisões sem causa comprovada que ocorreram por periculosidade judicial, mas algumas jurisdições estimam que este índice seja entre 20% e 25% (vinte e vinte e cinco por cento) dos casos de prisão preventiva que termina com a absolvição, nos casos em que configuram sequestro estatal (ZAFFARONI, 2013).

Com a prisão prolongada, o preso perde a dinâmica cultural e tecnológica externa, saindo para um mundo por vezes bastante diferente do que se vivia ou conhecia, o que acaba se tornando cruel e dificulta a ressocialização do mesmo e neste sentido, Zaffaroni (2013, p. 194) manifesta que “realmente, é um milagre que quando o preso sai da prisão não reincida, porque está submetido a um mecanismo de impressão humana capaz de marcar-lhe o papel de forma indelével”.

No Brasil, a prisão preventiva é utilizada de maneira irresponsável, sem pensar nos danos que pode vir a causar ao réu, muitas vezes somente para dar uma resposta à mídia, à sociedade com sede de vingança, a fim de criar uma falsa aparência de correta atuação estatal na diminuição da criminalidade (ZAFFARONI, 2013).

Existe a esperança que as mudanças trazidas pela Lei nº 13.964/2019 gerem reflexos positivos, exigindo uma melhor análise do caso em concreto, das provas, e principalmente no momento da decretação da prisão preventiva, buscando desta forma reduzir a banalização desta forma de prisão.

### 3.2 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO RESPONSÁVEL POR GRANDE PARTE DAS PRISÕES PROVISÓRIAS BRASILEIRAS

Como as alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 são muito recentes, ainda não é possível determinar os seus reflexos na utilização da garantia da ordem pública como fundamento das prisões provisórias no Brasil. Desta forma, deve ser considerado para abordagem do tema, o período anterior a referida legislação, mas que deixam claro o desafio que as alterações têm de tentar minimizar a generalização da utilização deste fundamento na decretação da prisão provisória.

Convém ressaltar que a Lei nº 13.964/2019 exige uma melhor fundamentação e motivação das decisões como já exposto no capítulo anterior. Entretanto, na redação do *caput* do artigo 312 do Código de Processo Penal não houve mudança no tocante a utilização da garantia da ordem pública como fundamento. Atualmente, grande parte dos agentes presos

provisoriamente tiveram as suas prisões preventivas lastreadas na garantia da ordem pública (LOPES JÚNIOR, 2019).

Como não há plena certeza do significado da expressão garantia da ordem pública, é bem possível que sejam adotadas custódias processuais arbitrárias, voluntaristas e ilegais que implica em uma nítida violação de direitos e garantias fundamentais, como a liberdade, o devido processo legal e a presunção de inocência (LOPES JÚNIOR, 2017).

Existem três correntes na doutrina e na jurisprudência sobre o conceito e a possibilidade de se decretar a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública (WEYNE, 2014).

A corrente minoritária defende que as prisões preventivas decretadas sob o fundamento da garantia de ordem pública não possuem natureza cautelar, tratando-se de modalidade de cumprimento antecipado de pena, pois acreditam que as medidas cautelares de natureza pessoal somente podem ser utilizadas para garantir a realização do processo ou dos seus efeitos, e jamais para evitar a prática de novas infrações penais (WEYNE, 2014).

Já a segunda corrente é restritiva, ao entender que a prisão preventiva para garantia da ordem pública baseia-se no risco de reiteração delitiva, seja pelo agente se tratar de pessoa propensa à prática delituosa ou porquê solto receberia os mesmos estímulos relacionados ao delito cometido (WEYNE, 2014).

Por sua vez, a terceira corrente é ampliativa, pois sustenta que a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública tem o objetivo de impedir que o agente continue a delinquir, funcionando também como meio social de garantir credibilidade à justiça em crime de clamor público (WEYNE, 2014).

O objetivo das medidas cautelares é garantir o andamento do processo penal de conhecimento e, por intermédio dele, o funcionamento da justiça, não tendo propriamente a função de fazer a justiça. Trata-se de instrumento qualificado a serviço do processo (LOPES JÚNIOR, 2017).

O doutrinador Lopes Júnior (2017, p. 74) complementa que:

É importante fixar este conceito de instrumentalidade qualificada, pois só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir ao processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional. Neste momento, evidencia-se que as prisões preventivas para a garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares, portanto, são substancialmente inconstitucionais.

Não se pode transformar uma medida processual como a prisão preventiva em atividade tipicamente policial, utilizando-se de forma indevida como meio de segurança pública. O uso pelo legislador da expressão ordem pública, por se tratar de um conceito vago, indeterminado, impreciso e sem referencial semântico, tem facilitado o uso da prisão preventiva sob este argumento para os mais diversos interesses, que não os fins puramente cautelares que legitima esses provimentos (LOPES JÚNIOR, 2017).

A decretação de prisão preventiva para garantia da ordem pública justificada no clamor público também se tornou rotineira, mesmo quando o clamor sequer existe, pois acaba se confundindo com a opinião pública, que nada mais é do que uma opinião meramente publicada (LOPES JÚNIOR, 2017).

A exploração midiática de determinado fato delituoso é utilizada como manobra, muitas vezes de forma proposital, inclusive com o vazamento de informações e provas, para provocar discussão pública, a fim de construir pressuposto para a posterior prisão cautelar (LOPES JÚNIOR, 2017)

Neste sentido, assinala Sanguiné (2013 *apud* LOPES JÚNIOR, 2017, p. 75):

Quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como perspectiva político-criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza.

Em situações assim, a prisão preventiva assume nítido caráter de antecipação da pena, violando os princípios constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência (LOPES JÚNIOR, 2017). Infelizmente, como é de conhecimento público, este tipo de prisão preventiva é muito comum no Brasil e está eivada de inconstitucionalidade, totalmente ignorada pela comunidade jurídica e sociedade em geral, diante da supremacia de outros interesses pessoais e políticos.

### 3.3 ANÁLISE CRÍTICA DOS ARGUMENTOS QUE PERMEIAM A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES QUE DECRETAM A PRISÃO PREVENTIVA E AS LIMITAÇÕES LEGAIS DA LEI Nº 13.964/2019

A Lei nº 13.964/2019 trouxe grandes mudanças ao artigo 315 do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a fundamentação e motivação da decisão que decreta a prisão preventiva.

Com a alteração, passou-se a exigir que o magistrado não se limite a indicar, reproduzir ou parafrasear o ato normativo, bem como não é possível que este empregue conceitos jurídicos indeterminados, invoque motivos e não enfrente todos os argumentos deduzidos no processo, ou, ainda, limite-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, tudo sem explicar a relação com a questão decidida. Além disso, também não se considera fundamentada a decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem que demonstre a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (BRASIL, 1941).

Na verdade, apesar de se tratar de uma inovação no Código de Processo Penal, pelo princípio da jurisdicionalidade, toda e qualquer prisão cautelar, sempre só pode ser decretada por ordem judicial fundamentada, conforme previsto na Constituição Federal, artigo 5º, LXI, que diz: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988, n.p.).

Infelizmente, o que tem se visto na prática é que mesmo com as limitações legais trazidas pela Lei nº 13.964/2019, a motivação e fundamentação da decisão que decreta a prisão preventiva continua sendo realizada de forma padronizada, genérica e não adequada ao caso concreto.

Vale ressaltar que a jurisdição no Processo Penal é garantia, sendo o juiz o garantidor da eficácia do sistema de garantias da Constituição. Inclusive um dos mais importantes princípios estudados no é o da garantia da jurisdicionalidade, que resguarda que o processo seja julgado por um juiz imparcial, devidamente investido de competência, estabelecida por lei, em que o juiz natural tem a missão de zelar pela máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição (LOPES JÚNIOR, 2019).

Neste sentido, cabe trazer à colação a decisão judicial que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva, em um processo em trâmite na Comarca de Palmas (formulário 01), acompanhado pela Defensoria Pública do Tocantins e pelo Núcleo de Prática

Jurídica do CEULP/ULBRA, para análise do preenchimento dos requisitos exigidos no artigo 315 do Código de Processo Penal (TJ/TO, 2020):

O crime de tráfico de drogas é grave e vem submetendo a sociedade a grande sofrimento, aumentando o clamor público e cobrando mais atenção das autoridades quanto ao tema, e acaba por fomentar o cometimento de outros delitos contra o patrimônio e até mesmo homicídios. Demonstrada está, portanto, a presença do *periculum libertatis* e configurada as hipóteses de decretação da prisão preventiva, baseando-se na garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, visando garantir a efetividade do processo considerando a gravidade do delito cometido.

O juiz deve na motivação indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a substituição da medida adotada, nos termos do §1º do reformado artigo 315 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

O que se observa na decisão é que o *periculum libertatis* foi fundamentado com base na gravidade do crime, no sofrimento da sociedade e na possibilidade de fomentar o cometimento de outros delitos, tudo de forma genérica. O magistrado submeteu o agente a dupla presunção de culpabilidade. A primeira pelo crime que supostamente cometeu e a segunda, que, em liberdade, praticará outro delito ou favorecerá o cometimento de outros. A gravidade do crime, por si só, não justifica a decretação da prisão preventiva. (CUNHA, 2020)

Desta forma, ensina Hélio Tornaghi (1990 *apud* CUNHA, 2020):

Nem a gravidade do crime, em tese, nem o rigor da pena são suficientes para autorizá-la [a prisão preventiva]. Os perigos que o réu poderia oferecer, para a ordem pública, para o processo ou para a execução dependem muito mais de sua personalidade, de seu caráter, de sua formação, que do crime. Em outras palavras: as condições subjetivas do agente e a não importância objetiva do crime é que permitem verificar ou até presumir a periculosidade do agente e a necessidade de prendê-lo.

O Superior Tribunal de Justiça, na tese 9 da Prisão Preventiva, edição 32 da Jurisprudência em Teses, destaca que “a alusão genérica sobre a gravidade do delito, o clamor público e a comoção social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão preventiva” (CUNHA, 2020, p. 271).

O julgador não deve ignorar a gravidade do crime, o temor da sociedade e a repercussão no meio do qual o crime foi cometido, mas devem ser considerados por meio de fundamentos precisos, de acordo com a análise do caso concreto, e não de forma genérica e de cunho abstrato, incompatível com a excepcionalidade da prisão preventiva (CUNHA, 2020).



O juiz ao converter a prisão em flagrante em preventiva, no processo acima descrito acompanhado pela Defensoria Pública do Tocantins e pelo Núcleo de Prática Jurídica do CEULP/ULBRA, que trata de agente preso em flagrante pelo crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, popularmente conhecida como Lei de Drogas, complementou que: “a manutenção da segregação proporciona a aplicação da lei penal de forma mais célere” (TJ/TO, 2020, n.p.).

A prisão preventiva sob o fundamento da aplicação da lei penal visa assegurar a futura aplicação da pena. Neste caso específico, o preso possui emprego e residência fixos, situação que sequer foi analisada pelo juiz. A decisão também não expôs qualquer fato ou circunstância dos autos que justifique a decretação da prisão preventiva para preservar a prova processual, sua regular produção, a fim de impedir a ingerência negativa do agente (CUNHA, 2020).

Durante a audiência de custódia, o Ministério Público requereu a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, cumprindo os requisitos exigidos no artigo 311 do Código de Processo Penal (TJ/TO, 2020). O *Parquet* é parte legítima a requerer a prisão preventiva, na condição de titular privativo da ação penal pública, nos termos do artigo 129, I, da Constituição Federal (CUNHA, 2020).

No que se refere as demais exigências legais para a concessão da prisão preventiva, os requisitos e fundamentos para a sua decretação constam do artigo 312 do Código de Processo Penal, cumprindo dizer que estas foram mencionadas, ainda que genericamente pelo magistrado. O crime que o agente está sendo acusado também preenche os requisitos descritos no artigo 313, I, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

O aludido julgador ao proferir a decisão ignorou o requerimento feito pela defesa (TJ/TO, 2020, formulário 01):

Requereu o relaxamento da prisão em virtude dos policiais não possuírem autorização judicial para a entrada na residência do custodiado, bem como o encaminhamento dos presentes autos para que o Ministério Público possa averiguar o cometimento do crime de abuso de autoridade por parte dos policiais que efetuaram a prisão.

Nos exatos termos do §2º, do artigo 315 do Código de Processo Penal, a decisão não pode ser considerada fundamentada, pois invocou motivos que se prestaria a justificar qualquer outra decisão, bem como não enfrentou todos os argumentos deduzidos no processo capazes de levar a conclusão adotada, de tal forma que não pode ser considerada como

motivada, pois não indicou concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justificasse a substituição da medida adotada (BRASIL, 1941).

O desafio de implantar as mudanças promovidas pela Lei nº 13.964/2019 no artigo 315 do Código de Processo Penal é grande, vez que os julgadores por hábito ainda continuam fazendo uso de argumentos genéricos, que fazem parte de um texto pronto que se adequam a todos os processos, cujos crimes possuem a mesma tipificação, sem qualquer análise de provas e fatos que envolvem o caso concreto.

Nesta linha de raciocínio, esclarece Cunha (2020, p. 297):

Menções, por exemplo, à gravidade em abstrato do delito são repugnadas. Não basta afirmar que o crime de tráfico de drogas é grave, em observação, de resto, conhecida por todos. (...) é de rigor, por outro lado, que na apreciação concreta do pedido, se demonstre, ainda que sucintamente, porque é necessária a decretação da medida de exceção, fincada em motivação própria e idônea, que faça alusão, por exemplo, à grande quantidade de droga apreendida, ao anterior envolvimento do réu com a espécie de delito, à sua adesão a organização criminosa estruturada ao ilícito comércio, o *modus operandi* empregado, etc.

Como antes mencionado, é sabido que não há recurso exclusivo cabível contra a decretação da prisão preventiva, contudo pode perfeitamente ser impetrado o *habeas corpus*, sendo este o “remédio judicial que tem por finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou a coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder”, segundo descreve Capez (2018, p. 819).

Não há qualquer problema no fato da decisão que decreta a prisão preventiva ser sucinta, mas deve-se levar em consideração situações do caso em concreto, devendo esta ser suficientemente motivada e fundamentada, e que observe com atenção à Constituição Federal e os pressupostos e requisitos autorizadores da medida (CUNHA, 2020).

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa analisou a prisão preventiva com as limitações de sua decretação trazidas pela Lei nº 13.964/2019, que compõe o conhecido pacote anticrime, expondo questões constitucionais relevantes vinculadas ao tema, em especial o princípio da presunção de inocência e seus reflexos processuais, tendo como norte a Constituição Federal como principal instrumento para conduzir o processo penal.

O tema do presente trabalho é relevante e atual, haja vista que as modificações feitas pela Lei nº 13.964/2019, no tocante a prisão preventiva, auxiliam na redução do problema da superpopulação carcerária que assola o país, em sua maioria presa provisoriamente.

O estudo sobre a prisão preventiva, suas principais características, pressupostos e fundamentos, destacando os limites impostos pela Lei nº 13.964/2019, aponta que se adotadas todas as determinações lá impostas, haverá uma transformação não só positiva para o sistema penitenciário brasileiro, com a diminuição da superlotação, mas também no processo penal, na fundamentação e motivação das decisões que decretam a prisão preventiva que deverão ser específicas ao caso concreto, abandonando os antigos modelos padrões.

O processo penal brasileiro ainda não sofreu os impactos trazidos pela Lei nº 13.964/2019, seja pelo fato de se tratar de um tema muito recente, visto que a lei entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020, seja pelo fato de não ter havido uma mudança de consciência dos julgadores, que ainda não aderiram ao espírito da nova legislação.

O que se espera é que a jurisprudência, ao longo do tempo, corrija as ilegalidades cometidas pelos juízes ao decretar a prisão preventiva, por meio de decisão genérica, que não se levam em consideração os fatos e características do caso concreto, sem motivação e fundamentação, mesmo após o advento da Lei nº 13.964/2019.

## REFERÊNCIAS

- BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Direito Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 03 de out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 03 mar. 2020.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Sistema Carcerário**. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario>. Acesso em 20 abr.2020.
- BRASIL. **Constituição Federal**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 05 de out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em 03 mar. 2020.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 20 abr.2020.
- BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm). Acesso em: 18 mai. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo por Temas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=publicacaoInformativoTema>. Acesso em 05 de mar. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. 2020.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 25 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.
- CATENA, Víctor Moreno. **Sobre o princípio da presunção de inocência**. Revista CEJ, Brasília, ano XIX, n. 67, p. 101-111, 2015.
- COELHO, Marcus Vinícius Furtado. **Garantias Constitucionais e Segurança Jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2009

CRETELA JÚNIOR, José; CINTRA, Geraldo de Ulhoa. **Dicionário latino-português**, 1944.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários as Alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Editora JusPodivm.2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017

MARTINS, Ricardo Marcondes. 2018. **Teoria dos princípios e função jurisdicional**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, nº2, 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S235956392018000200135&lang=pt#B13](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S235956392018000200135&lang=pt#B13) Acesso em: 27 de fevereiro de 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed.. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**, v.1. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2006

MIRZA, Flávio. **Direito Processual Penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

SANTOS, Rafa. **Juiz cita coronavírus ao substituir prisão preventiva por medidas cautelares**. 2020. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-14/juiz-cita-coronavirus-substituir-preventiva-cautelares>. Acesso em: 18 maio 2020.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 2. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. TJDF. CMA. **Covid-19: Justiça indefere pedido de revogação de prisão preventiva**. 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/abril/indeferido-pedido-de-revogacao-de-prisao-preventiva-em-razao-da-disseminacao-do-coronavirus>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

WEYNE, Bruno Cunha. **A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva**. Estado do Ceará, Fortaleza, 2014. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/07/A-garantia-da-ordem-p%C3%BAblica-como-fundamento-da-pris%C3%A3o-preventiva.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A questão criminal. Rio de Janeiro: Revon, 2013.