



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ – UNIFESSPA
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE – IEDS
FACULDADE DE DIREITO – FADIR

TAYNARA DA CONCEIÇÃO PEREIRA

**A LEI Nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) E A PRISÃO PREVENTIVA: uma
abordagem das alterações sob a ótica garantista.**

Marabá/PA

2021

TAYNARA DA CONCEIÇÃO PEREIRA

A LEI Nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) E A PRISÃO PREVENTIVA: uma abordagem das alterações sob a ótica garantista.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará (UNIFESSPA), Instituto de Estudos em Direito e Sociedade (IEDS), Faculdade de Direito (FADIR), como parte dos requisitos para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Vânia Maria de Carvalho Santos.

Coorientador: Prof. Dr. Jorge Luís Ribeiro dos Santos.

Marabá/PA

2021

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca Setorial Josineide da Silva Tavares

Pereira, Taynara da Conceição

A lei nº 13.964/2019 (pacote anticrime) e a prisão preventiva: uma abordagem das alterações sob a ótica garantista / Taynara da Conceição Pereira ; orientador (a), Vânia Maria de Carvalho Santos, coorientador (a), Jorge Luís Ribeiro dos Santos. — Marabá : [s. n.], 2021.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus Universitário de Marabá, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2021.

1. Prisão preventiva. 2. Processo penal. 3. Criminologia. I. Santos, Vânia Maria de Carvalho, orient. II. Santos, Jorge Luís Ribeiro dos, coorient. III. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. IV. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.4326

Elaborado por Miriam Alves de Oliveira – CRB-2/583

TAYNARA DA CONCEIÇÃO PEREIRA

A LEI Nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) E A PRISÃO PREVENTIVA: uma abordagem das alterações sob a ótica garantista.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará (UNIFESSPA), Instituto de Estudos em Direito e Sociedade (IEDS), Faculdade de Direito (FADIR), como parte dos requisitos para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Vânia Maria de Carvalho Santos.

Coorientador: Prof. Dr. Jorge Luís Ribeiro dos Santos.

Aprovada em:

Prof.^a Vânia Maria de Carvalho Santos

Advogada, Pós-graduanda e Professora voluntária da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, UNIFESSPA.

Prof. Dr. Jorge Luís Ribeiro dos Santos

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, UNIFESSPA.

Prof.^a Dra. Maria Neuza da Silva Oliveira

Professora da Faculdade de Educação do Campo da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, UNIFESSPA.

Marabá/PA

2021

“A presteza em crer no mal sem tê-lo examinado com cuidado é um efeito do orgulho e da preguiça. Queremos encontrar culpados, mas não queremos nos dar o trabalho de examinar os crimes.”

La Rochefoucaul

AGRADECIMENTOS

Primeiramente...

À Deus que, por intermédio de meus pais, trouxe-me ao mundo, permitindo estar aqui nesse momento realizando este trabalho.

À minha irmã, pelo amor e carinho.

Ao meu noivo e amigo Ariel Souza de Araujo, que acompanhou parte dessa caminhada presenciando meus momentos de ansiedade e desânimo, mas dando força e incentivo, sempre com muita paciência e compreensão.

À minha orientadora Vânia Maria de Carvalho Santos que, com muita dedicação, apoio, paciência orientou-me na realização da pesquisa e organização desta monografia.

Ao meu coorientador Jorge Luís Ribeiro dos Santos, pela dedicação, ensinamentos e auxílio no meu processo de formação acadêmica. Que se eternizará como “Pai Jorge” da turma Frei Henri/Pronera.

À professora Maria Neuza da Silva Oliveira pela dedicação e carinho com a turma Frei Henri/Pronera, bem como pelo aceite em compor minha banca avaliadora de defesa de Trabalho de Conclusão de Curso.

Aos demais familiares e amigos que estiveram presentes nos momentos importantes da minha vida.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar as alterações realizadas pela Lei nº 13.964/19 – “Pacote Anticrime” no regramento da prisão preventiva, espécie de prisão cautelar, com aporte na Teoria Garantista, desenvolvida por Luigi Ferrajoli. A pesquisa foi realizada com amplo referencial teórico sobre a Teoria Garantista, as prisões cautelares, e, também, das alterações realizadas pela Lei nº 13.964/19 – “Pacote Anticrime”. A pesquisa utilizou o método dedutivo, visto que foram abordados elementos gerais, como o contexto da prisão preventiva e sua relação com os números do sistema carcerário brasileiro, para se discutir a pertinência e os avanços promovidos pela reforma no regramento das prisões cautelares, em especial da prisão preventiva. Após a abordagem das alterações realizadas pela Lei nº 13.964/19 – “Pacote Anticrime”, realizou-se a análise do novo paradigma sob a ótica da Teoria Garantista, desenvolvida por Luigi Ferrajoli, no final do século XX, a fim de evidenciar a importância e o avanço democrático promovidos com a reforma das regras que conformam e dão base para a prisão preventiva.

Palavras-chaves: Prisão Cautelar; Prisão Preventiva; Teoria Garantista; Pacote Anticrime.

ABSTRACT

The present monograph aims to analyze the amendments made by Law No. 13,964 / 19 - "Antichrime package" in the regulation of preventive detention, kind of precautionary prison, with a guarantee of guarantee, developed by Luigi Ferrajoli. The research was carried out with a broad theoretical reference on guarantor theory, precautionary prisons, and also the amendments made by Law No. 13,964 / 19 - "Antichrime package". The research used the deductive method, since general elements, such as the context of preventive detention and their relationship with the numbers of the Brazilian prison system, in order to discuss the relevance and advances promoted by the reform in the regulation of precautionary prisons, in particular of preventive prison. After approaching the amendments carried out by Law No. 13,964 / 19 - "Antichrime package", the new paradigm was analyzed under the perspective of the guarantee theory, developed by Luigi Ferrajoli, at the end of the twentieth century, in order to evidence the importance and the democratic advancement promoted with the reform of the rules that conform and give the basis for preventive detention.

Keywords: Caution; Preventive prison; Guarantee theory; Antichrime package.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. PRISÕES CAUTELARES	11
1.1. PRISÃO EM FLAGRANTE	12
1.1.1. <i>Conceito</i>	12
1.2. PRISÃO TEMPORÁRIA	14
1.2.1. <i>Conceito</i>	14
1.3. PRISÃO PREVENTIVA	17
1.3.1. <i>Conceito</i>	17
1.3.2. <i>Fundamentos</i>	18
1.3.3. <i>Pressupostos</i>	22
1.4. A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA E AS PRISÕES CAUTELARES – ATUAL CONTEXTO DO SISTEMA NACIONAL E DO ESTADO DO MARANHÃO.....	23
2. A LEI Nº 13.964/2019 – “PACOTE ANTICRIME” E A PRISÃO PREVENTIVA	27
2.1. INTRODUÇÃO À LEI Nº 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME).....	27
2.2. SISTEMA ACUSATÓRIO.....	28
2.3. JUIZ DAS GARANTIAS	31
2.3.1. <i>Competência do Juiz das Garantias</i>	32
2.3.2. <i>Suspensão dos Arts. 3º-A ao 3º-F do Código de Processo Penal...</i>	34
2.4. SUPERAÇÃO DAS MEDIDAS DECRETADAS DE OFÍCIO PELO JUIZ	36
2.5. CONTRADITÓRIO ANTERIOR À DECRETAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES	39
2.6. REVISÃO SOBRE A NECESSIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA	40
2.7. NOVO CONTROLE DAS DECISÕES	42
3. A PRISÃO PREVENTIVA SOB A ÓTICA DA TEORIA GARANTISTA	46
3.1. INTRODUÇÃO À TEORIA GARANTISTA	46
3.2. A PRISÃO PREVENTIVA E A CRÍTICA DE FERRAJOLI	49
3.3. AS IMPLICAÇÕES DA PRISÃO PREVENTIVA SOB A ÓTICA GARANTISTA.....	58
3.3.1. <i>Os reflexos no sistema carcerário (superlotação)</i>	58
3.3.2. <i>Os reflexos na vida do acusado</i>	61
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964/2019, conhecida popularmente como “Pacote Anticrime” ou, ainda, “Lei Anticrime”, foi sancionada no ano de 2019, dentre suas inovações e alterações a referida norma alcançou e reformulou o regramento da prisão preventiva, espécie de prisão cautelar, com o objetivo de racionalizar a medida tendo em vista o seu reflexo no sistema carcerário brasileiro.

Com a entrada em vigor da referida norma, em virtude de seus institutos incongruentes e alterações substanciais, se iniciou um amplo debate sobre a validade e necessidade das reformas, em especial dos dispositivos voltados para o processo penal cautelar, com destaque para as medidas de natureza pessoal.

Dessa forma, o presente estudo tem por objetivo analisar o paradigma criado pela reforma dos dispositivos que regulam a prisão preventiva, principal instrumento de segregação cautelar no processo penal brasileiro, com aporte na Teoria Garantista, elaborada por Luigi Ferrajoli, explorando sua previsão na legislação, aspectos práticos e jurídicos, inclusive sua relação com a superlotação do sistema carcerário, com vistas a verificar sua conformidade e validade diante das garantias constitucionais.

O objetivo geral é conhecer os aspectos pragmáticos da Lei nº 13.964/19 e seus reflexos no processo penal, assim como no processo de encarceramento, com enfoque em uma análise sistemática da necessidade de avanço na promoção de um processo mais democrático e constitucional.

O objetivo específico, por seu turno, é demonstrar a adequação das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/19 com a aplicação da Teoria Garantista no âmbito do processo penal.

A hipótese formulada é de que a Lei nº 13.964/19 é um importante instrumento no combate ao encarceramento em massa no Brasil, pois racionaliza a prisão preventiva, bem como, a partir do novo regime das medidas cautelares, contribui para a constitucionalização do processo penal, invocando o respeito à estrutura acusatória e garantias processuais.

O tipo de pesquisa realizada é a teórica, jurídica e legal, com base nos aspectos doutrinários, jurídicos e legais sobre o tema adotado.

O método de abordagem é o dedutivo, uma vez que se utilizou premissas gerais, como o contexto legal das prisões cautelares e da prisão preventiva, bem como do sistema carcerário, para se discutir a pertinência das alterações do Pacote Anticrime, Lei nº 13.964/19, frente a problemática das prisões cautelares/preventiva.

O método de procedimento, por sua vez, é o qualitativo e, também, o quantitativo, pois o resultado dependeu da descrição do problema e os aspectos que envolvem o objeto da pesquisa, inclusive os dados do sistema carcerário.

Já a técnica adotada consiste, essencialmente, na revisão bibliográfica, pois foi reunida a bibliografia dedicada aos assuntos base e teorias que interessam ao estudo.

A pesquisa então foi organizada e desenvolvida através de três capítulos com análises distintas, mas que se comunicam interligando elementos comuns.

Inicialmente, o trabalho parte da apresentação e conceituação das prisões cautelares, detalhando a prisão preventiva e os seus pressupostos, assim como apresentando os dados do sistema penitenciário que demonstram a adoção abusiva da segregação cautelar, mesmo diante da pandemia da Covid-19 no Brasil.

Em seguida, são analisadas as alterações da Lei nº 13.964/19, com o fim de esmiuçar e compreender a necessidade e profundidade da referida reforma, inclusive seu aspecto enquanto resposta do legislador à problemática dos excessos produzidos através das segregações cautelares.

Na terceira parte, a prisão preventiva é analisada com aporte na teoria garantista, evidenciando os pontos críticos da medida, bem como os seus reflexos na vida do acusado, ou investigado, e no sistema carcerário brasileiro, tudo como meio de reflexão sobre a necessidade da reforma promovida pela Lei nº 13.964/19.

O marco teórico da pesquisa está fundamentado, essencialmente, nos trabalhos de Aury Lopes Jr., Renato Brasileiro, Tourinho Filho e Luigi Ferrajoli, que, enquanto pesquisadores e juristas, ajudam a compreender os aspectos do processo brasileiro, das garantias fundamentais, e, também, das prisões cautelares.

A documentação indireta foi a técnica desenvolvida na pesquisa, cuja realização se deu através de estudos bibliográficos, análises da legislação e da jurisprudência.

Com relação aos campos de conhecimento, o trabalho se caracteriza como multidisciplinar, pois a pesquisa exigiu elementos do Direito Processual, Direito Penal e Direito Constitucional, sendo utilizado ainda contribuições da Filosofia do Direito.

Os resultados da pesquisa, alcançados através do cruzamento de dados, conceitos e informações, permitiram a compreensão de que as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/19, nas regras das medidas cautelares, cujo resultado foi a criação de um novo paradigma pautado no sistema acusatório, se caracteriza como importante avanço democrático na racionalização das prisões cautelares, em especial da prisão preventiva enquanto principal meio de segregação cautelar.

1. PRISÕES CAUTELARES

As prisões cautelares são medidas decretadas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, respeitados os requisitos e condições legais, cujo o objetivo é a garantia de segurança e eficácia dos procedimentos investigatórios, assim como do próprio processo. Essas medidas consistem na restrição de liberdade do indivíduo, ofendendo, pois, garantias fundamentais, de forma que devam ser tratadas como medidas excepcionais baseadas em requisitos objetivos e subjetivos.

O fundamento da existência dessas medidas é a demora da prestação jurisdicional, servindo como instrumentos que possibilitam a prevenção dos efeitos do tempo sobre a pretensão que se busca alcançar através do processo.¹

A prisão de natureza cautelar surge da necessidade de se obter uma investigação ou instrução criminal produtiva, com eficiência e sem interferências, diferenciando-se, assim, da prisão-pena que surge da imposição de uma sentença condenatória. Evidencia-se, assim, que essa modalidade de prisão, baseada na tutela cautelar do processo penal, é uma medida urgente em proveito do Estado, na senda de satisfação da sua pretensão punitiva.²

É interessante observar que a prisão, enquanto instrumento de restrição da liberdade, está inserida no contexto do direito de punir que detém o Estado, sendo a prisão-pena o exercício desse direito e a prisão cautelar uma forma de preservar o possível exercício dessa prerrogativa, a partir da supressão dos riscos que podem atingir as etapas do procedimento investigatório, assim como do processo e a respectiva aplicação da lei penal.

Porém, é importante ressaltar a excepcionalidade de tal tutela cautelar, pois a liberdade é um direito fundamental garantido constitucionalmente.

Segundo Tourinho Filho:

A prisão sem pena, de que cuidamos, nada mais é do que uma execução cautelar de natureza pessoal (em oposição à coerção processual de natureza real - como as buscas e apreensões, sequestro, arresto etc.) e que se justifica como medida imprescindível para assegurar o império da lei penal. (...) No Direito Processual Penal pátrio, essa execução cautelar de natureza pessoal, ou prisão cautelar de índole processual, apresenta-se sob aquelas quatro

¹ LIMA, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P . 942.

² Ibidem.

modalidades: prisão preventiva, prisão em flagrante, prisão domiciliar e prisão temporária.³

O importante, portanto, é compreender que as prisões cautelares são instrumentos que dispõe o Estado para garantir a eficácia de investigações e processos sem que seja analisada a culpabilidade do indivíduo. Entretanto, é imperioso ressaltar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LVII, prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”,⁴ consagrando, com isso, o princípio da presunção de inocência e adequando o exercício da pretensão punitiva estatal ao devido processo legal.

Essa premissa fundamental refletiu no Código de Processo Penal, o qual, em seu art. 283, estabelece as condições para alguém ser preso.

Conforme o art. 283 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 13.964/19, *in verbis*:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. § 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. § 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.⁵ (Grifo Nosso).

Frente a esses requisitos é necessário a existência de instrumentos que permitam a prestação jurisdicional, nos moldes dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais, sem que esses mecanismos se caracterizem como meio de punir o agente, mas, conforme dito, apenas resguarde excepcionalmente o processo.

1.1. Prisão em Flagrante

1.1.1. Conceito

A prisão em flagrante é a modalidade de prisão que ocorre quando o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou, ainda, quando acabou de cometê-la,

³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, volume I / Fernando da Costa Tourinho Filho. – 34 ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011 – São Paulo : Saraiva, 2012. P. 448.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Título II, Capítulo I, art. 5º, LVII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm; Acesso em: 24/12/2020.

⁵ BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689/41. Código de Processo Penal. Título IX, Capítulo I. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm; Acesso em: 24/12/2020.

se baseando na atualidade e visibilidade do delito. Com efeito, a prisão em flagrante acaba se caracterizando como uma medida de proteção da sociedade, baseada na privação imediata da liberdade do agente infrator sem que seja necessária uma autorização judicial, bastando apenas o preenchimento dos requisitos legais.

Por flagrante é importante compreender a relação de imediatidade entre o fato criminoso e sua percepção pelo homem, sendo que, conforme o Código de Processo Penal, é possível que existam situações onde o caráter imediato de flagrância não exista, ou seja, a ardência e crepitação do fato não estarão presentes.⁶

A previsão legal da prisão em flagrante se encontra no art. 302 do CPP, que, *in verbis*, destaca:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.⁷

A própria Constituição Federal de 1988, com a redação do art. 5º, LXI, autoriza a realização da prisão em flagrante sem que seja necessário uma ordem ou autorização judicial, reafirmando, assim, a sua natureza administrativa, uma vez que seria irracional a possibilidade de qualquer pessoa ou autoridade policial presenciar a prática de um crime e não poder deter o agente criminoso de forma imediata.

Segundo Tourinho Filho:

A nossa Lei Básica exige ordem escrita para a efetivação da prisão, de qualquer prisão. Ressalva, entretanto, a hipótese de flagrante. E o faz por razões óbvias. Não teria sentido permitisse a lei a prisão de alguém no instante da perpetração da infração e, ao mesmo tempo, exigisse a exibição da ordem escrita da autoridade competente... Seria uma *contradictio in adjectu*. Quem é que pode saber quem vai cometer a infração, onde e quando vai cometê-la? A desnecessidade, pois, da ordem escrita é tão evidente que dispensa qualquer comentário. O evidente não se prova nem se demonstra.⁸

Por conta desse aspecto, para a doutrina, a prisão em flagrante seria uma medida pré-cautelares, tendo em vista que o seu objetivo não é a garantia do resultado

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. 959.

⁷ BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689/41. Código de Processo Penal. Título IX, Capítulo II. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm; Acesso em: 24/12/2020.

⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, volume I / Fernando da Costa Tourinho Filho. – 34 ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011 – São Paulo : Saraiva, 2012. P. 484.

do processo, mas, tão somente colocar o sujeito que foi flagrado a disposição da autoridade judicial, afim de que seja apreciada a cautelaridade da situação.

Nas lições de Lopes Jr.:

(...) o flagrante – ou la detención imputativa – não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar. Por isso, o autor afirma que é uma medida independente, frisando o caráter instrumental e ao mesmo tempo autônomo do flagrante.⁹

Dessa forma, evidencia-se o caráter instrumental dessa modalidade, pois ela pode servir de meio para a prisão preventiva, ou seja, um “instrumento do instrumento”, e, ao mesmo tempo, apresenta a sua autonomia frente as possibilidades do flagrante não gerar uma detenção preventiva e, ou, a própria prisão preventiva ser decretada sem a prisão em flagrante ser realizada de forma prévia.¹⁰

Assim, entende-se que o objetivo não é assegurar uma eventual execução de pena, nem garantir que um indivíduo eventualmente preso em flagrante seja custodiado até o trânsito em julgado do processo.

Em síntese, a prisão em flagrante é um instrumento de proteção da sociedade, possuindo natureza pré-cautelar e cunho pessoal, que, devido a previsão do art. 301 do Código de Processo Penal, pode ser realizada por particulares ou pela autoridade policial, sendo de curta duração, pois é regida pela necessidade de apresentação perante a autoridade judicial para a análise dos fatos. Essa necessidade de apresentação imediata decorre do texto constitucional, mais precisamente do art. 5º, LXV, que prevê a comunicação imediata da prisão ao magistrado, em virtude do dever de avaliar a legalidade, e, havendo, relaxar o flagrante.

1.2. Prisão Temporária

1.2.1. Conceito

A prisão temporária é a medida cujo objetivo é a privação da liberdade de locomoção do indivíduo, para que as investigações realizadas no inquérito sejam eficazes. Essa modalidade de prisão é decretada pela autoridade judiciária

⁹ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva. Educação, 2020. P. 934.

¹⁰ Ibidem, p.934.

competente, com prazo de duração previamente estabelecido, e aplicação limitada à fase de investigação preliminar, a critério do delegado.

No contexto das medidas cautelares, como o objetivo da prisão temporária é resguardar a eficácia das investigações, essa se caracteriza como uma “tutela-meio”, ou seja, prende-se para que sejam colhidos elementos informativos suficientes para o oferecimento da denúncia e respaldo do processo.¹¹

Com relação ao conceito:

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente durante a fase preliminar de investigações, com prazo preestabelecido de duração, quando a privação da liberdade de locomoção do indivíduo for indispensável para a obtenção de elementos de informação quanto à autoria e materialidade das infrações penais mencionadas no art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89, assim como em relação aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 4º), viabilizando a instauração da *persecutio criminis in iudicio*.¹²

Na mesma linha Nucci:

É uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave. Está prevista na Lei 7.960/89 e foi idealizada para substituir, legalmente, a antiga prisão para averiguação (ver destaque abaixo), que a polícia judiciária estava habituada a realizar, justamente para auxiliar nas suas investigações. A partir da edição da Constituição de 1988, quando se mencionou, expressamente, que somente a autoridade judiciária, por ordem escrita e fundamentada, está autorizada a expedir decreto de prisão contra alguém, não mais se viu livre para fazê-lo a autoridade policial, devendo solicitar a segregação de um suspeito ao juiz.¹³

Depreende-se a partir dos conceitos supracitados que a prisão temporária não pode ser decretada de ofício pelo juiz, pois trata-se de prisão voltada para fase investigatória, momento em que não cabe a realização de atos de ofício por parte do magistrado, haja vista a necessidade de se resguardar a imparcialidade do julgador.

No ordenamento foi a Lei nº 7.960/89 que instituiu o referido instrumento, a intenção do legislador foi de vedar a chamada “prisão para averiguação”,¹⁴ medida que era utilizada pela autoridade policial de forma discricionária e fins investigatórios.

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P. 1105.

¹² Ibidem, p. 1105.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 953.

¹⁴ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal / Paulo Rangel – 15ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008. P. 714.

A referida substituição se fez necessária em virtude do texto constitucional que, em seu art. 5º, inciso LXI, passou a prever que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária. Desse modo, restou limitada a liberdade da autoridade policial em realizar decreto de prisão contra alguém, devendo, atualmente, solicitar a medida de segregação ao juiz competente.¹⁵

No que toca ao processo legislativo, a prisão temporária tem origem na edição da Medida Provisória nº 111/89, que posteriormente foi convertida na Lei nº 7.960/89. Esse processo de legalização, com a conversão da referida MP, desencadeou um amplo debate que perdura até os dias de hoje, pois a medida provisória não seria instrumento adequado para restringir o direito constitucional e fundamental da liberdade de ir e vir, sem houvesse lei em sentido estrito, bem como a inconstitucionalidade da Lei nº 7.960/89 por vício formal, qual seja o vício de origem.

É o que argumenta Paulo Rangel:

A questão que nos parece interessante, de início, é que a referida prisão foi criada através da Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989, ou seja, o Executivo, através de Medida Provisória, legislou sobre Processo Penal e Direito Penal, matérias que são da competência privativa da União (cf. art. 22, I, da CRFB) e, portanto, deveriam ser tratadas pelo Congresso Nacional, pois o art. 4º da Lei de Prisão Temporária criou um tipo penal na Lei nº 4.898/65. Neste caso, entendemos que a Lei traz um vício de iniciativa que não é sanado com a conversão da medida em lei. Há flagrante inconstitucionalidade por vício formal, qual seja: a iniciativa da matéria.¹⁶

No mesmo sentido, Lopes Jr.:

Outro detalhe importante é que a prisão temporária possui um defeito genético: foi criada pela Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989. O Poder Executivo, violando o disposto no art. 22, I, da Constituição, legislou sobre matéria processual penal e penal (pois criou um novo tipo penal na Lei nº 4.898), através de medida provisória, o que é manifestamente inconstitucional. A posterior conversão da medida em lei não sana o vício de origem.¹⁷

Todavia, os tribunais brasileiros, apesar do esforço da doutrina e de vários juristas, sempre resistiram à necessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei nº 7.960/89, o que, por consequência, fomenta a sua vigência.¹⁸

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 953.

¹⁶ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal / Paulo Rangel – 15ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008. P. 714.

¹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva. Educação, 2020. P. 1054.

¹⁸ Ibidem, P. 1054.

1.3. Prisão Preventiva

1.3.1. Conceito

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária mediante representação da autoridade policial, Ministério Público, querelante ou, ainda, do assistente de acusação, em qualquer fase da persecução penal, desde que presentes os requisitos autorizadores dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal, e se não forem suficientes as medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do mesmo diploma processual.

Segundo Renato Brasileiro:

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319).¹⁹

A prisão preventiva é, pois, uma medida cautelar baseada na constrição da liberdade do indiciado ou réu, tendo por base determinada necessidade, e, em consonância, com os pressupostos e requisitos estabelecidos em lei.²⁰

Segundo Tourinho Filho:

(...) quando se faz referência a essa modalidade de prisão cautelar, tem-se em vista aquela medida restritiva da liberdade determinada pelo juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução, seja como medida de segurança de natureza processual (...), seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, seja por conveniência da instrução criminal.²¹

Diferentemente da prisão em flagrante, que se justifica e fundamenta na proteção da sociedade e do ofendido e, logo após, na garantia do processo probatório, a prisão preventiva concentra sua cautelaridade na tutela da persecução penal, com o objetivo

¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P. 1054.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 988.

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, volume III / Fernando da Costa Tourinho Filho. – 34 ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011 – São Paulo : Saraiva, 2012. P. 541-2.

de inibir possíveis condutas do autor ou de terceiros que coloquem em risco a efetividade da investigação policial e da instrução processual.²²

Desse modo, a prisão preventiva, por se basear na privação de liberdade antes do trânsito em julgado, somente estará justificada se for utilizada como meio de proteção das fases que compõem o processo, sendo o único meio útil no caso concreto.

Por fim, cabe destacar que mesmo diante das premissas constitucionais e do modelo acusatório de processo adotado no Brasil, até a edição da Lei nº 13.964/19, conhecida como “Pacote Anticrime”, o legislador insistia em permitir a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, o que comprometia sua imparcialidade.²³

1.3.2. Fundamentos

A prisão preventiva tem por objetivo a segregação cautelar do indivíduo para que esse não turbe o regular andamento do processo, conforme as hipóteses e requisitos estabelecidos pela legislação, respeitado, ainda, a sua excepcionalidade frente a possibilidade de aplicação de medida cautelar diversa da prisão.

Com a redação dada pela Lei nº 13.964/19 – “Pacote Anticrime”, o art. 312 agora prevê que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou, ainda, para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pela liberdade do imputado.²⁴

O primeiro fundamento, “garantia da ordem pública”, se traduz em uma possibilidade vaga e indeterminada, de modo que o magistrado ao analisar o cabimento da medida encontra ambiente fértil e maleável para o manuseio do instituto. Segundo Nucci, “é a hipótese de interpretação mais ampla e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva”.²⁵

²² PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal / Eugênio Pacelli. – 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. P. 683.

²³ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva. Educação, 2012. P. 983.

²⁴ BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689/41. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm; Acesso em: 15/02/2021.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 997.

Conforme Lopes Jr.:

Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer... Nessa linha, é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor.²⁶

A prisão preventiva poderia então ser utilizada na manutenção da ordem social que, conforme o raciocínio do legislador, seria abalada pela prática de um crime grave, com peculiar repercussão e reflexos negativos na vida dos cidadãos, podendo gerar o sentimento de impunidade e insegurança, o que sustentaria, em tese, a necessidade de recolhimento do agente.²⁷

Por sua vez, a “garantia da ordem econômica”, constante no mesmo dispositivo legal, consiste em uma espécie do gênero ordem pública, elemento tratado acima.

Essa possibilidade de fundamentação foi inserida no art. 312 do CPP pela Lei nº 8.884/94, conhecida como “Lei Antitruste”, com o objetivo de tutelar a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, com vistas à eliminação dos riscos de práticas reiteradas que culminem em perdas financeiras, provocando perigo ao sistema financeiro, mercado de ações etc. afetando tanto o âmbito privado quanto o público.²⁸

Segundo Nucci:

Nesse caso, visa-se, com a decretação da prisão preventiva, a impedir possa o agente, causador de seríssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou mesmo de órgão do Estado, permanecer em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área. Equipara-se o criminoso do colarinho branco aos demais delinquentes comuns, na medida em que o desfalque em uma instituição financeira pode gerar maior repercussão na vida das pessoas, do que um simples roubo contra um indivíduo qualquer.²⁹

²⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva. Educação, 2020. P. 991.

²⁷ Ibidem, p. 1148.

²⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva. Educação, 2020. P. 991-2.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado / Guilherme de Souza Nucci. – 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 1161.

Por conseguinte, a prisão preventiva decretada com base na proteção da ordem econômica se assemelha a sistemática da baseada na ordem pública, diferenciando-se pelo campo em que recai as condutas criminosas, qual seja, a ordem econômica.

É importante ressaltar, ainda, que pela “magnitude da lesão” pressuposta pelo art. 30 da Lei nº 7.492/86, que tipifica os crimes contra o sistema financeiro nacional, a prisão preventiva do agente não seria instrumento suficiente para amenizar os efeitos das práticas delituosas, em se tratando da ordem econômica, a medida de natureza cautelar mais apropriada seria o sequestro e a indisponibilidade dos bens dos supostos responsáveis pelo cometimento da infração.³⁰

Adiante, outra possibilidade de fundamentação da prisão preventiva, conforme disposição do art. 312 do CPP, é a “conveniência da instrução criminal”, que, por seu turno, consiste na decretação da prisão preventiva com o objetivo de impedir que o acusado realize atos que afetem o processo, principalmente a produção probatória.

Segundo Renato Brasileiro:

A prisão preventiva decretada com base na conveniência da instrução criminal visa impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas. Tutela-se, com tal prisão, a livre produção probatória, impedindo que o agente comprometa de qualquer maneira a busca da verdade. Assim, havendo indícios de intimidação ou aliciamento de testemunhas ou peritos, de supressão ou alteração de provas ou documentos, ou de qualquer tentativa de turbar a apuração dos fatos e o andamento da persecução criminal, será legítima a adoção da prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal.³¹

É importante ressaltar que embora o legislador tenha empregado a expressão “conveniência” na redação do art. 312 do CPP, a referida medida não pode ser decretada com base em mera suposição ou achismo. Segundo Renato Brasileiro, “Sua decretação está condicionada, sim, à necessidade ou indispensabilidade da medida a fim de possibilitar o bom andamento da instrução criminal”.³²

Dessa forma, é preciso enfatizar que o termo “conveniência” é demasiadamente aberto, permitindo certa discricionariedade no tocante a decretação da prisão preventiva, o que por lógica fere o pressuposto do devido processo legal.

³⁰ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal / Eugênio Pacelli. – 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. P. 690-1.

³¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P. 1072-3.

³² Ibidem, p. 1073.

Segundo Lopes Jr. a prisão preventiva:

(...) é empregada quando houver risco efetivo para a instrução, ou seja, “conveniência” é um termo aberto e relacionado com ampla discricionariedade, incompatível com o instituto da prisão preventiva, pautada pela excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, sendo, portanto, um último instrumento a ser utilizado.³³

Outro detalhe é que não se pode, no contexto da decretação por conveniência da instrução criminal, realizar a prisão de um indivíduo com o objetivo de submetê-lo a interrogatório ou forçá-lo a participar de atos probatórios, pois, com relação a primeira hipótese, o acusado deixa de ser um “objeto de prova” e passa a exercer, forçadamente, o seu direito de defesa; já na segunda, fere-se o direito ao silêncio e, inclusive, o de não produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).³⁴

Nessas hipóteses o magistrado deve se pautar nos princípios da proporcionalidade e da necessidade, sempre se questionando sobre a existência de outra medida cautelar menos gravosa que a prisão preventiva.³⁵

Por fim, a possibilidade de decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, fundamentação constante no final do art. 312 do CPP, surge quando existem fortes indícios de que o indivíduo, autor ou suspeito de um crime, pretende fugir, ou seja, se furtar do cumprimento de eventual pena imposta a ele.

Conforme Lopes Jr.:

(...) é a prisão para evitar que o imputado fuja, tornando inócua a sentença penal por impossibilidade de aplicação da pena cominada. O risco de fuga representa uma tutela tipicamente cautelar, pois busca resguardar a eficácia da sentença (e, portanto, do próprio processo). O risco de fuga não pode ser presumido; tem de estar fundado em circunstâncias concretas.³⁶

Nesse contexto é imperioso que o magistrado, para além da gravidade do delito ou situação do réu, analise e controle a projeção de sua decisão para que essa não se descole da realidade, pois é imprescindível a existência de prova do perigo gerado pelo estado de liberdade do acusado, de modo que a alegação do *periculum libertatis* esteja amparada em prova razoável e não em meras suposições.³⁷

³³ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva. Educação, 2020. P. 992.

³⁴ Ibidem, p. 993.

³⁵ Ibidem, p. 1073.

³⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva. Educação, 2020. P. 993.

³⁷ Ibidem, P. 993-4.

1.3.3. Pressupostos

Todas as fundamentações supracitadas, constantes no art. 312 do CPP, possuem como pressupostos o *fumus commissi delicti* (prova da materialidade e indícios de autoria) e o *periculum libertatis* (perigo gerado pela liberdade do acusado).

O *fumus commissi delicti* consiste na demonstração da materialidade do crime, evidenciando sua existência, bem como a autoria ou participação do acusado.

Segundo Lopes Jr.:

Partindo do art. 312, verifica-se que o *fumus commissi delicti* é o requisito da prisão preventiva, exigindo-se para sua decretação que existam “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria” (...) A fumaça da existência de um crime não significa juízo de certeza, mas de probabilidade razoável.³⁸

Esse pressuposto exige um conjunto de sinais externos, ancorados em fatos concretos e extraídos da própria investigação, os quais permitem deduzir com certa variação de certeza o cometimento de um crime, cuja a realização e resultados possuem um responsável concreto.³⁹

Com relação a decretação da preventiva assevera Lopes Jr.:

Para a decretação de uma prisão preventiva (ou qualquer outra prisão cautelar), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado. A probabilidade significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhante ao vero, verdadeiro) de todos os requisitos positivos e, por consequência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito.⁴⁰

Já a “fumaça da prática do delito”, *fumus commissi delicti*, também é um dos pressupostos da prisão preventiva, essa exige uma situação de risco ou perigo ao desenvolvimento do processo, sendo pautada pelo *periculum libertatis*, isto é, o risco existente ao processo gerado pelo estado de liberdade do acusado.

O *periculum libertatis* está presente no art. 312 do CPP através da necessidade de demonstração de alguma das situações previstas, sendo elas: a garantia da ordem

³⁸ Ibidem, p. 986.

³⁹ Ibidem, p. 986.

⁴⁰ Ibidem, p. 987.

pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal, ou, ainda, em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outra medida cautelar.

Segundo Lopes Jr.:

(...) o *periculum libertatis* é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Além disso, esse perigo de ser atual, contemporâneo e não passado distante ou futuro.⁴¹

Independente de qual seja o fundamento da prisão preventiva, elementos analisados em pontos anteriores do presente trabalho, é imperioso a existência de prova razoável do *periculum libertatis*, não bastando apenas suposições sobre determinado fato ou circunstância para fundamentar a decretação da prisão preventiva, pois o risco alegado deve ser real, amparado por fatos concretos e conjunto probatório capaz de legitimar a utilização de uma medida tão grave.⁴²

1.4. A Superlotação Carcerária e as Prisões Cautelares – Atual Contexto do Sistema Nacional e do Estado do Maranhão.⁴³

O sistema prisional brasileiro enfrenta há tempos uma aguda crise estrutural, principalmente no que toca a superlotação, conforme dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN o Brasil é o país com a quarta maior população encarcerada no mundo, sendo que desse quantitativo uma grande parcela é composta de presos provisórios, ou seja, pessoas que aguardam uma análise de mérito sobre os seus respectivos processos.

Em dezembro de 2019, antes da pandemia do Covid-19, os dados do Infopen apresentavam uma população carcerária de 773.151 pessoas privadas de liberdade,

⁴¹ Ibidem, p. 990.

⁴² Ibidem, p. 994.

⁴³ A inclusão dos dados do Maranhão na presente pesquisa se faz em virtude do referido estado ser um dos que mais prende preventivamente no Brasil, conforme dados do Monitor da Violência. Disponível em: <http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2019/raio-x-do-sistema-prisional/?ga=2.149908725.272093201.1632837420-1755859913.1631222237> Acesso em: 14/04/2021.

levando em consideração os custodiados em unidades prisionais e delegacias, sendo que desse total cerca de 33% eram de presos provisórios, aqueles sem condenação.⁴⁴

No mesmo ano, o estado do Maranhão contava com uma superlotação de 31,7%, pois tinha 11.510 pessoas em situação de cárcere para 8.531 vagas, desse total cerca de 5.067 eram de presos provisórios, 49% do total de vagas disponíveis.⁴⁵

Conforme dados do Monitor da Violência, em 2021, após um ano de pandemia, o número de pessoas presas diminuiu, chegando no total de 682.182 pessoas encarceradas para uma capacidade de 440,5 mil vagas, configurando, assim, um déficit de 241, 6 mil vagas no Brasil, ressaltando-se que esse total desconsidera os presos em regime aberto e os que estão detidos provisoriamente em delegacias, se considerados o total é de 750 mil.⁴⁶

No estado do Maranhão, em 2021, o panorama é idêntico ao cenário nacional, segundo dados do Monitor da Violência, a superlotação no estado diminuiu 62% em relação aos dados de 2020, todavia, o número de presos provisórios aumentou 11,5%.⁴⁷

Em 2020, o Maranhão possuía 11.867 pessoas encarceradas para um total de 9.523 vagas disponíveis, caracterizando uma superlotação de 2.844 pessoas acima da capacidade, um total de 35,5% acima da capacidade total.⁴⁸

Já no ano de 2021, o estado possui uma população carcerária de 10.601 pessoas encarceradas, para 9.523 vagas disponíveis, o que representa uma diminuição de 11,3% com relação ao ano passado.⁴⁹

⁴⁴ Infopen – Painel Interativo dezembro/2019; Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>; Acesso em: 14/04/2021.

⁴⁵ **Superlotação em presídios chega a 31,7% no Maranhão**; Disponível em: <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2019/04/26/superlotacao-em-presidios-chega-a-317percent-no-maranhao.ghtml>; Acesso em: 14/04/2021.

⁴⁶ **População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia**; Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>; Acesso em: 14/04/2021.

⁴⁷ **Superlotação cai 62% no Maranhão, aponta levantamento do G1**; Disponível em: <https://imirante.com/oestadoma/noticias/2021/05/17/superlotacao-cai-62-em-contrapartida-numero-de-provisorios-aumenta-11-5-no-ma-aponta-levantamento-do-g1/>; Acesso em: 14/04/2021.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

Em resumo, se comparados os dados de 2020 e 2021 resta demonstrado uma diminuição de 1.766 pessoas a menos, caracterizando um percentual de 62%.⁵⁰

Entretanto, em contraste com a diminuição apresentada, em 2021 o número de presos provisórios aumentou cerca de 11,5%, mesmo diante da pandemia da Covid-19. Essa porcentagem faz com que o estado do Maranhão ocupe a terceira posição no ranking dos estados que mais predem, ou com maior percentual de provisórios, sendo um total de 4.906 pessoas privadas de liberdade provisoriamente, ou seja, do número total de presos 46,3% são de pessoas que aguardam julgamento ou manifestação acerca da sua situação processual.⁵¹

Os dados de 2021, assim como de anos anteriores, demonstram um processo de encarceramento em massa, pois com um total de 322 encarcerados para cada 100.000 habitantes o Brasil ocupa a 26ª posição no ranking dos países que mais prendem no mundo, sendo que, ao serem analisado os dados de 200 países, o Brasil ficou na 103ª posição devido o percentual de presos provisórios no sistema prisional.⁵²

Com o exposto, fica claro uma das principais características do sistema prisional brasileiro, qual seja, a superlotação carcerária baseada em de presos provisórios.

Ao ser encarcerado provisoriamente o indivíduo vê-se inserido em um processo violador, para além da liberdade, o qual deveria ser o único direito a sofrer limitações, vários direitos fundamentais são atingidos provocando, assim, uma serie de danos.

O trilhado realizado pelo projeto “Presos Provisórios, Danos Permanentes”, desenvolvido na cidade do Rio de Janeiro, em 2013, identificou um conjunto de danos gerados pela prisão provisória, questões que atingem o indivíduo e a sociedade.

Com relação ao indivíduo, esse é afastado da sua família, emprego e estudos, com a restrição do direito fundamental a liberdade ele é colocado em uma cela insalubre e em condições desumanas, sendo forçado a conviver com outros presos acusados de crimes graves e sob a coação do crime organizado que está presente na maioria das prisões brasileiras, ressaltando-se, ainda, que após o desfecho do

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

⁵² **Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, Brasil se mantém na 26ª posição em ranking dos países que mais prendem no mundo**; Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>; Acesso em: 14/04/2021.

processo todos, mesmo inocentados, recebem a rotulação de “ex-detentos”, elemento que gera discriminação da família e da comunidade.⁵³

Já no que toca a sociedade, o uso indiscriminado e abusivo da prisão preventiva gera gastos milionários para custeio do sistema prisional, esse dinheiro tem origem nos impostos pagos pelo contribuinte e que poderiam ser empregados em políticas e projetos que trariam benefícios para toda a coletividade.⁵⁴

Atualmente, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o custo médio nacional de uma pessoa em situação de cárcere é de R\$ 1.895,52.⁵⁵

A manutenção de presos provisórios inflaciona o sistema prisional e com presídios superlotados se dificulta qualquer processo de ressocialização.

Ainda com relação ao projeto “Presos Provisórios, Danos Permanentes”, foram identificados duas violações de direitos que merecem atenção, são elas: a falta de acesso à justiça e a morosidade do judiciário.⁵⁶

A falta de acesso à justiça gratuita dificulta a defesa dos acusados, o atendimento realizado pelos defensores públicos é insuficiente, pois lidam com muitos processos e não conseguem dar atenção individual as particularidades de cada caso, se combinado com a demora de meses para ter contato com o juiz surge um campo fértil para a perpetuação de abusos e impossibilita o combate a tortura.⁵⁷

Por sua vez, a morosidade do judiciário faz com que esses processos, que envolvem prisões cautelares, demorem meses para serem analisados e julgados, eis que esses deveriam ter tratamento diferenciado, tramitando com mais rapidez porque envolvem a limitação de direitos e garantias fundamentais do indivíduo.⁵⁸

⁵³ **Presos Provisórios, Danos Permanentes** – por que isso é um problema? Disponível em: <http://danospermanentes.org/porque.html>; Acesso em: 14/04/2021.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ **CNJ engaja Poder Judiciário no enfrentamento à crise prisional.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-engaja-poder-judiciario-no-enfrentamento-a-crise-prisional/>; Acesso em: 14/04/2021.

⁵⁶ **Presos Provisórios, Danos Permanentes** – por que isso é um problema? Disponível em: <http://danospermanentes.org/porque.html>; Acesso em: 14/04/2021.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem.

2. A LEI Nº 13.964/2019 – “PACOTE ANTICRIME” E A PRISÃO PREVENTIVA

Frente a problemática que envolve as prisões cautelares, em especial a prisão preventiva, o legislador aproveitou a reforma promovida pelo Projeto de Lei nº 882/19 para alterar as regras relacionadas às medidas cautelares de natureza pessoal, tendo em vista que os dados demonstram o excesso na segregação cautelar que, por conseguinte, resulta em violações de direitos e garantias processuais, assim como confronta a ideia de processo democrático, pressuposto do sistema acusatório.

2.1. Introdução à Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime)

No dia 31 de janeiro de 2019, era apresentado ao Congresso Nacional o denominado “Projeto Anticrime”, que consistia no Projeto de Lei (PL) nº 882/2019 de autoria do então Ministro da Justiça, ex-juiz federal, Sergio Fernando Moro, cujo objetivo era estabelecer, assim como atualizar, as normas de combate ao crime organizado e crimes praticados com grave violência à pessoa.⁵⁹

O projeto então buscava alterar pontos da legislação penal, processual penal e, inclusive, da legislação especial com destaque para a Lei dos Crimes Hediondos, a Lei de Armas, a Lei de Drogas e a Lei de Execução Penal.⁶⁰

Em março de 2019, a Câmara dos Deputados criou uma comissão com o objetivo de analisar o PL nº 882/2019, durante os trabalhos uma proposta alternativa também foi apreciada, sendo ela o PL nº 10.372/2018, conhecido como “Projeto Moraes”, elaborado por um grupo de juristas sob a coordenação de Alexandre de Moraes, à época Ministro da Justiça, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal.⁶¹

Contrariando as intenções do “Projeto Anticrime” e do “Projeto Moraes”, propostas autoritárias e largamente punitivistas, durante os trabalhos um substitutivo com viés garantista foi apresentado e defendido pela maioria do Congresso Nacional.

⁵⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 – Artigo por Artigo / Renato Brasileiro de Lima – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 19.

⁶⁰ LEBRE, Marcelo. Pacote Anticrime: anotações sobre os impactos penais e processuais. Curitiba: Editora Aprovare, 2020. P. 11-2.

⁶¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 – Artigo por Artigo / Renato Brasileiro de Lima – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 20.

Esse substitutivo extraiu dispositivos de vários projetos, dentre eles o PL nº 8.045/2010, cujo objeto é a propositura de um novo Código de Processo Penal (CPP), mas que, apesar da aprovação do Senado Federal, aguarda a criação de uma comissão especial na Câmara dos Deputados para apreciação e análise.⁶²

Se observado o texto final da Lei nº 13.964/2019, em contraste com os textos originais dos Projetos supracitados (“Projeto Anticrime” e “Projeto Moraes”), é possível concluir que a comissão inseriu ou criou, através de emendas, os seguintes dispositivos e institutos: o juiz das garantias, arts. 3º-A à 3º-F do CPP, a vedação à decretação de medidas cautelares pessoais de ofício pelo juiz, art. 282, §§2º e 4º, e art. 311 do CPP, audiência de custódia, art. 310 do CPP, a obrigatoriedade de revisão da necessidade de manutenção da prisão preventiva a cada 90 – noventa – dias, art. 316, parágrafo único, do CPP, dentre outras inovações ou alterações.⁶³

Dessa forma, a Lei nº 13.964/2019 se caracteriza como um interessante marco legal no campo do Direito Penal e Direito Processual Penal, tendo em vista que seus institutos, parâmetros e critérios remodelam o processo pátrio rompendo, assim, o paradigma anterior que contrariava as diretrizes da Magna Carta de 1988.

2.2. Sistema Acusatório

A Lei nº 13.964/2019 criou, introduziu ou reformulou dispositivos interessantes e capazes de reestruturar o processo penal brasileiro de forma que todos os seus aspectos e procedimentos sejam reorganizados, inclusive as prisões cautelares.

O Código de Processo Penal – Decreto-Lei nº 3.689/1941 – é uma norma elaborada e instaurada durante o Estado-Novo, cuja inspiração foi o sistema italiano da época, mais precisamente o *Código Rocco* de 1930,⁶⁴ ou seja, o atual código é um dispositivo de origem inquisitiva e autoritária que tem resistido a evolução jurídica.

Com o cenário democrático apresentado pela Constituição Federal de 1988, reforçado pela incorporação de Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos no ordenamento jurídico, com destaque para o Pacto de São José da Costa Rica, a

⁶² Ibidem.

⁶³ Ibidem, p. 20-1.

⁶⁴ Ibidem, p. 87.

legislação processual sofreu apenas alterações pontuais como, por exemplo, no caso da Lei nº 10.792/03 que alterou dispositivos relacionados a sistemática do interrogatório, da Lei nº 11.719/08 que alterou dispositivos relacionados ao procedimento comum, e, também, da Lei nº 12.403/11 que alterou dispositivos relacionados às medidas cautelares de natureza pessoal.⁶⁵

No entanto, apesar das reformas a estrutura original da legislação processual persistiu, se mantendo, assim, alicerçada em bases e princípios inquisitoriais.

Fato esse que se constata através de dispositivos que, não obstante sua aparente inconstitucionalidade, foram mantidos no texto legal permitindo, por exemplo, que o juiz requisitasse a instauração de inquérito policial (art. 5º, II, do Código de Processo Penal), decretasse de ofício a produção antecipada de provas consideradas urgentes, assim como a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, tanto na fase investigativa quanto na fase processual (art. 156, I e II, do Código de Processo Penal) ou, ainda, realizasse pessoalmente uma busca domiciliar (art. 241 do Código de Processo Penal).⁶⁶

Desse modo, era crucial a realização de uma mudança na legislação processual de forma completa, alcançando a estrutura do processo penal e, conseqüentemente, adequando-a a ordem constitucional, com ênfase no sistema acusatório delineado pelo art. 129, I, da Constituição Federal de 1988 e, também, na garantia da imparcialidade do julgador delineada pelo art. 8º, n.1, da Convenção Americana de Direitos Humanos.⁶⁷

Isso porque o processo penal deve ser compreendido como uma forma de tutelar direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Segundo Renato Brasileiro:

(...) Afinal, não se pode mais compreender o processo penal como um mero instrumento necessário para o exercício da pretensão punitiva do Estado. Muito além disso, o processo penal há de ser compreendido como uma forma de tutela dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. (...).⁶⁸

É nesse sentido, então, que a Lei nº 13.964/2019 introduziu no Código de Processo Penal os arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, consagrando, enfim, uma

⁶⁵ Ibidem, p. 88.

⁶⁶ Ibidem, p. 88.

⁶⁷ Ibidem, p. 88.

⁶⁸ Ibidem, p. 89.

estrutura acusatória do processo, vedando de forma expressa a iniciativa do juiz na fase preliminar de investigação e também a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, incluindo, para tanto, a figura do juiz das garantias.

Segundo o art. 3º-A, “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.⁶⁹ Com isso, o pacote anticrime apresenta uma separação entre julgador e acusação, não podendo o juiz se comportar como parte do processo.⁷⁰

Na dinâmica do sistema acusatório, cada parte possui uma função específica, sendo uma responsável pela acusação, em regra o Ministério Público, outra pela defesa e uma terceira pelo julgamento. Essa separação de funções tem por objetivo garantir mais imparcialidade do julgador, distribuir direitos e deveres e efetivar o contraditório.

Renato Brasileiro assevera que:

No sistema acusatório, a gestão das provas é função das partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais. Diversamente do sistema inquisitorial, o sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que autor e réu constroem através do confronto a solução justa do caso penal. A separação das funções processuais de acusar, defender e julgar entre sujeitos processuais distintos, o reconhecimento dos direitos fundamentais ao acusado, que passa a ser sujeito de direitos e a construção dialética da solução do caso pelas partes, em igualdade de condições, são, assim, as principais características desse modelo.⁷¹

Como a Magna Carta de 1988 adota esse sistema, as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/19 se deram por obediência aos mandamentos da Lei Maior, uma vez que ela apresenta um rol de direitos e garantias fundamentais em seu art. 5º, assim como atribui o encargo de acusar à um órgão específico, o Ministério Público.

Segundo Rangel:

Hordenamente, no direito pátrio, vige o sistema acusatório (cf. art. 129, I, da CRFB), pois a função de acusar foi entregue, privativamente, a um órgão distinto: o Ministério Público, e, em casos excepcionais, ao particular. Não temos a figura do juiz instrutor, pois a fase preliminar e informativa que temos antes da propositura da ação penal é a do inquérito policial e este é presidido

⁶⁹ BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689/41. Código de Processo Penal. Livro I, Título I. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm; Acesso em: 15/07/2021.

⁷⁰ METZKER, David. Lei Anticrime (Lei 13.964/2019): Comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento / David Metzker. – Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2020. P. 36.

⁷¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal / Renato Brasileiro de Lima. – Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 4.

pela autoridade policial. Durante o inquérito policial, (...), o sigilo e a inquisitividade imperam, porém, uma vez instaurada a ação penal, o processo torna-se público, contraditório, e são asseguradas aos acusados todas as garantias constitucionais.⁷²

Nessa perspectiva, visando harmonizar o sistema processual, constituído pelo atual Código de Processo Penal, ao sistema constitucional o Pacote Anticrime reafirma a estrutura acusatória do processo, introduzindo ainda no contexto brasileiro a figura do juiz das garantias, órgão jurisdicional cuja missão é atuar na fase preliminar controlando a legalidade da investigação, zelando pela salvaguarda dos direitos individuais que foram reservados à autorização prévia do Poder Judiciário.⁷³

Em síntese, com a estrutura acusatória, agora consagrada pela legislação infraconstitucional, instala-se uma nítida separação das funções judiciais que guardam relação com a investigação e ao processo, em um cenário onde exista contraditório e sejam assegurados ao acusado todas as garantias constitucionais.

2.3. Juiz das Garantias

O art. 3º-B do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/19, é o responsável por introduzir a figura do juiz das garantias, um importante instituto para a efetivação de um julgador imparcial, assim como materialização do sistema acusatório, caracterizando, portanto, um grande avanço no sistema processual pátrio.

Conforme o art. 3º-B, “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário (...)”.⁷⁴

Segundo Casara, ele é o “responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela das liberdades públicas, ou seja, das inviolabilidades pessoais/liberdades individuais frente à opressão estatal, na fase pré-processual”.⁷⁵

⁷² RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal / Paulo Rangel – 15ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008. P. 51.

⁷³ CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP / Rogério Sanches Cunha – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 69.

⁷⁴ BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689/41. Código de Processo Penal. Livro I, Título I. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm; Acesso em: 15/07/2021.

⁷⁵ CASARA, Rubens R. R. Juiz das Garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 170.

Trata-se, pois, da outorga de competência exclusiva à um órgão jurisdicional para que esse exerça a função de garantidor de direitos e garantias fundamentais na fase preliminar da persecução penal ficando, por consequência, impedido de atuar na fase seguinte, isto é, no processo que resultar do caso que lhe foi submetido.⁷⁶

Desta maneira, a Lei nº 13.964/19 cria uma competência funcional por fase processual, de modo que a depender da fase da persecução a ser analisada ter-se-á a competência de um ou outro juiz, sendo o juiz das garantias o responsável por atuar da instauração da investigação criminal até o momento do recebimento da denúncia, no caso de ação penal pública, ou queixa-crime, na hipótese de ação penal privada, não se estendendo tal competência à fase seguinte, até, em tese, o trânsito em julgado, diminuindo, assim, as chances de contaminação da imparcialidade.⁷⁷

Segundo Nucci:

(...) criou-se, pela Lei 13.964/2019, a figura do juiz encarregado de fiscalizar as investigações criminais, além de se tornar responsável por tomar decisões de ordem jurisdicional, em nível cautelar. Não se trata de um juiz instrutor, como há em algumas legislações estrangeiras; adotou-se, no Brasil, o juiz fiscalizador, sem qualquer poder instrutório.⁷⁸

Por conta dessas características o referido instituto não se confunde com o “juiz instrutor” ou “juizado de instrução”, figuras arcaicas e de natureza inquisitiva já superadas, onde o juiz possuía uma atuação ativa, investigando e decidindo sobre medidas restritivas de direitos fundamentais que ele próprio determinava.⁷⁹

Posto isso, percebe-se o avanço legislativo e processual na inclusão de um instituto jurídico cuja função precípua é a fiscalização da legalidade da investigação criminal, na fase preliminar, fomentando, ainda, uma maior imparcialidade no desempenho da atividade jurisdicional, uma vez que ele não age de ofício determinando a adoção de medidas que atingem direitos fundamentais.

2.3.1. Competência do Juiz das Garantias

⁷⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 – Artigo por Artigo / Renato Brasileiro de Lima – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 103.

⁷⁷ Ibidem, p. 103-4.

⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado / Guilherme de Souza Nucci. – 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 80.

⁷⁹ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 187.

A competência do juiz das garantias está detalhada no art. 3º-B do Código de Processo Penal, tal previsão não é exaustiva, mas apresenta atividades e funções que deverão ser realizadas conforme o sistema acusatório, premissa consagrada no art. 3º-A do mesmo diploma processual, e também inserida pelo pacote anticrime.

Conforme a Lei nº 13.964/19, o juiz das garantias não age de ofício requisitando a abertura de inquérito ou solicitando a adoção de medidas investigatórias, conforme a legislação permitia, ficando restrito e limitado ao controle da legalidade da investigação criminal, preservando, assim, sua imparcialidade.

Segundo os incisos I, II e III do art. 3º-B do Código de Processo Penal, o juiz das garantias é a autoridade competente para o recebimento da “comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição Federal” e do “auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 desta código”, inclusive, “zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo”.

Os referidos incisos refletem algumas garantias constitucionais, dentre elas, a presente no art. 5º, LXII, da Magna Carta de 1988, que consiste no direito de comunicação imediata da prisão ao juiz competente, à família do preso ou à pessoa por ele indicada, e, na hipótese de prisão em flagrante, o art. 306 do Código de Processo Penal prevê também a comunicação imediata ao Ministério Público.

Com o recebimento do auto de prisão em flagrante o juiz das garantias se torna o responsável para realizar a audiência de custódia, medida respaldada pelo art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos e, também, art. 9, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York, esses instrumentos preveem o direito de apresentação do preso à uma autoridade judiciária competente para que, dessa forma, seja analisada a legalidade da prisão.⁸⁰

Ressalta-se que até a edição da Lei nº 13.964/19 a audiência de custódia era regulada pela Resolução nº 213/15 do Conselho Nacional de Justiça e, também, em normas internas dos Tribunais, agora, com a alteração, a matéria passa a ser

⁸⁰ CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP / Rogério Sanches Cunha – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 78.

disciplinada por lei em sentido estrito, mais precisamente pelo art. 310 do Código de Processo Penal.⁸¹

Já de acordo com os incisos V e VI do art. 3º-B, o juiz das garantias detém competência para decidir sobre a decretação de medidas cautelares, assim como sua eventual prorrogação conforme o caso concreto.

Essa alteração da Lei nº 13.964/19 tem por objetivo a efetivação da reserva de garantia, com relação as medidas cautelares de natureza pessoal, real etc. conforme o art. 319 do Código de Processo Penal.

Desse modo, agora cabe ao juiz das garantias, a partir da manifestação da parte interessada, seja o Ministério Público ou a autoridade policial, decretar ou não a segregação cautelar de um investigado ou acusado, através da prisão temporária ou outra cautelar, desde que preenchidos os requisitos legais e esteja demonstrada a real necessidade da medida.⁸²

Com relação a prisão preventiva, a Lei nº 12.403/11 já havia consagrado que, durante a fase de investigação, o juiz dependeria de provocação para decretar uma medida cautelar, entretanto, a Lei nº 13.964/19, consagrando o sistema acusatório, reforçou essa impossibilidade de forma que, mesmo na fase processual, o magistrado dependa da manifestação do órgão interessado.

Apesar da impossibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício não ser uma novidade no ordenamento jurídico, o inciso VI introduz uma novidade no processo penal, sendo ela o direito ao contraditório em audiência pública e oral na hipótese de prorrogação da segregação cautelar.

Consequentemente, a Lei nº 13.964/19 delineia uma importante tarefa para o juiz das garantias, pois, com o contraditório em audiência pública e oral, concretiza-se sua missão de zelar e salvaguardar os direitos fundamentais do acusado.

2.3.2. Suspensão dos Arts. 3º-A ao 3º-F do Código de Processo Penal

⁸¹ Ibidem.

⁸² LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 197.

A Lei nº 13.964/19, “Pacote Anticrime”, foi publicada no Diário Oficial da União no dia 24 de dezembro de 2019, oriunda de uma proposta do Ministro da Justiça, ela promoveu profundas mudanças em diversos dispositivos, sua ementa, por exemplo, apresenta a amplitude das alterações, não se limitando, pois, ao direito penal.⁸³

A referida norma previu um período de *vacatio legis* de 30 dias, entrando em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, o que, evidentemente, revela um prazo muito reduzido se considerada a profundidade das principais alterações na legislação.⁸⁴

Antes do início da sua vigência, o pacote anticrime foi questionado no Supremo Tribunal Federal por meio de quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIns, sendo elas: a ADI nº 6.298, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE); a ADI nº 6.299, proposta pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA; a ADI nº 6.300, proposta pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL); e a ADI nº 6.305, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP).⁸⁵

As três primeiras ações foram distribuídas ao Min. Luiz Fux, sendo que, em vista do ajuizamento posterior, a quarta ação foi distribuída por prevenção ao ministro.

Inicialmente, as três primeiras ações foram julgadas pelo Min. Dias Toffoli, na condição de presidente em exercício da Suprema Corte, durante o recesso do Judiciário. À época, entendendo haver urgência na prestação jurisdicional, o ministro concedeu parcialmente os pedidos em sede de Medida Cautelar, determinando a suspensão parcial da Lei nº 13.964/19, conferindo interpretação conforme em alguns trechos e, também, fixando um período de transição.⁸⁶

A quarta ação foi julgada no dia 22 de janeiro de 2020, ainda no período de recesso, pelo Min. Luiz Fux que, enquanto vice-presidente da Corte, assumiu a condução dos trabalhos durante as férias do Min. Dias Toffoli, realizando, pois, o julgamento monocrático de todas as ADIns, revogando a primeira decisão.⁸⁷

⁸³ ASSUMPÇÃO, Vinícius. Pacote anticrime : comentários à Lei n. 13.964/2019 / Vinícius Assumpção. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 11.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Ibidem. P. 11-2.

⁸⁷ Ibidem, p. 12.

Nesse contexto, em sua decisão o Min. Luiz Fux suspendeu diversos dispositivos por tempo indeterminado, dentre eles os arts. 3º-A ao 3º-F do Código de Processo Penal, até que seja realizada a revisão pelo plenário.

Com a suspensão dos arts. 3º-A e 3º-B, já abordados, o processo penal brasileiro segue com estrutura inquisitória em desacordo com o modelo acusatório adotado pelo constituinte em 1988, todavia, é importante ressaltar que esses dispositivos refletem um importante avanço processual, servindo como fundamentação teórica para criticar o superado modelo autoritário adotado pela legislação.⁸⁸

2.4. Superação das Medidas Decretadas de Ofício pelo Juiz

Já com relação a prisão, medidas cautelares e liberdade provisória a Lei nº 13.964/19 – “Pacote Anticrime” – realizou importantes alterações, destacando-se a superação da possibilidade do juiz decretar de ofício a adoção de medidas cautelares agindo, pois, somente com a manifestação das partes ou, ainda, no curso do processo com a representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público.

O processo penal cautelar no Brasil, com destaque para as medidas cautelares de natureza pessoal, aquelas que alcançam e restringem a liberdade do indivíduo, já vinham sofrendo influência e uma necessária releitura à luz do sistema acusatório.⁸⁹

Na medida em que a titularidade da ação penal pública foi atribuída, de forma privativa, ao Ministério Público, conforme o art. 129, I, da Constituição Federal de 1988, a atuação oficiosa do juiz na fase da investigação criminal se tornava incompatível com a necessidade de equidistância e imparcialidade por parte do julgador, elemento essencial para a concretização do devido processo legal.⁹⁰

Embora fosse esse o entendimento defendido por parte expressiva da doutrina ele jamais alcançou a jurisprudência dos Tribunais Superiores, entendia-se pela não ocorrência de pré-julgamentos face à cognição sumária e valorações precárias.⁹¹

⁸⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 131.

⁸⁹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Comentários ao pacote anticrime / Marcos Paulo Dutra Santos – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. P. 422.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ Ibidem.

Por conseguinte, a superação dos resquícios inquisitivos se deu, em boa parte, pelo trabalho do Poder Legislativo, na vanguarda da doutrina brasileira, se destacando como resultado desse trabalho a Lei nº 12.403/11 que, em meio as suas alterações, modificou o art. 311 do Código de Processo Penal (CPP).⁹²

A redação original do art. 311 do CPP autorizava o juiz a decretar, de ofício, a prisão preventiva de forma incidental ao inquérito e ao processo, em virtude disso, e sensível a necessidade de adequação ao sistema acusatório, a Lei nº 12.403/11 restringiu a atuação oficiosa na fase processual, descartando, assim, a possibilidade de decretação de ofício na fase pré-processual, no inquérito.⁹³

Segundo Santos:

Guiou-se pelo entendimento doutrinário intermediário, segundo o qual seria admissível a performance judicial ex officio no curso do processo, por ser o juiz o condutor e presidente, diretamente interessado na preservação da sua efetividade, extensiva, por óbvio, à sentença. Na investigação, contudo, a proatividade seria demasiada e inadequada, por se estar em um universo inquisitório, no qual o protagonismo, por mandamento constitucional, é todo dos órgãos de repressão estatal – Polícia e Ministério Público –, considerados, respectivamente, os artigos 144 e 129, I da CRFB/88. Como a Lei nº 12.403/11 trouxe um regramento geral sobre as medidas cautelares pessoais, presente o art. 282, tal norma foi repetida no § 2º, a englobar as tutelas cautelares diversas da prisão, contempladas nos arts. 319 e 320 do CPP.⁹⁴ (Grifo do Autor)

A Lei nº 12.403/11 promoveu, então, significativas mudanças no paradigma das cautelares de cunho pessoal, notadamente a prisão preventiva, todavia, algumas falhas permaneceram no texto legal, pois ainda restou a possibilidade de atuação oficiosa do magistrado no desenvolvimento do processo.

Conforme Sanches Cunha:

Mesmo com a mudança, importante parcela da doutrina lecionava que o ideal seria a retirada, do juiz, desse poder de agir de ofício, como forma de preservação do sistema acusatório, que bem define a posição de cada um no processo penal. Se ao juiz é dado o poder de julgar e se, para tanto, deve manter uma posição uma posição de equidistância e imparcialidade, seria mais adequado que se deixasse às partes a possibilidade de requerer a prisão preventiva (inclusive durante o curso do processo), evitando-se, com isso, qualquer ação do juiz “sponte própria”. (...).⁹⁵

⁹² Ibidem.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Ibidem, p. 423.

⁹⁵ CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP / Rogério Sanches Cunha – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 259.

Nesse contexto, a Lei nº 13.964/19 – Pacote Anticrime - promoveu, significativamente, um avanço em relação à Lei nº 12.403/11, porque revisitou o §2º, do art. 282, e o art. 311 do CPP para retirar a hipótese do juiz atuar de ofício na fase processual, agora, conforme o texto da norma, a adoção de medida cautelar se dará mediante provocação de um legítimo interessado, em respeito ao princípio da inércia, pressuposto de uma justa apreciação jurisdicional.⁹⁶

Santos assevera que:

Se o próprio titular da ação penal não vislumbrou necessária a constrição libertária cautelar, descabe ao juiz, de quem se exige imparcialidade, entender diferentemente, mesmo já existindo processo em curso. A postura judicial, diante da pretensão acusatória formalizada, há de ser desinteressada, sem envolvimento, afinal, a causa não é sua, e sim do Ministério Público ou do querelante. A procedência, ou não, do pedido, ao final do processo, há de ser decorrência de uma atividade intelectual fria e racional, despida de carga emocional ou ideológica. (...). **E, justamente por isso, o processo há de ser revestido de mecanismos que a potencializem, tolhendo, em contrapartida, os inexoráveis preconceitos ínsitos à natureza humana – varia, apenas, a intensidade.** Não permitir a atuação oficiosa é, inegavelmente, um deles, dos mais importantes, aliás.⁹⁷ (Grifo Nosso)

Com isso, o §2º, do art. 282 do CPP agora dispõe que “*as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público*”.⁹⁸ No mesmo sentido o art. 311 do CPP passa a prever que “*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*”.⁹⁹

A Lei nº 13.964/19, assim, se demonstra coerente, haja vista a regra expressa no art. 3º-A do CPP, abordado no início do capítulo, que possui a mesma essência dos artigos supracitados, mas se volta para as cautelares probatórias, impedindo o magistrado de atuar de forma oficiosa, pois o processo penal agora possui estrutura

⁹⁶ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Comentários ao pacote anticrime / Marcos Paulo Dutra Santos – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. P. 423.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689/41. Código de Processo Penal. Livro I, Título IX, Capítulos I e III. Art. 282. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm; Acesso em: 15/07/2021.

⁹⁹ Ibidem, art. 311.

acusatória, sendo vedado a iniciativa do juiz na fase de investigação criminal, bem como a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.¹⁰⁰

2.5. Contraditório Anterior à Decretação de Medidas Cautelares

Outra alteração sensível promovida pela Lei nº 13.964/19 – “Pacote Anticrime” diz respeito ao contraditório antes da adoção de medida cautelar, o que já era previsto no §3º, do art. 282 do Código de Processo Penal, mas que, na prática, era ignorado.

A previsão de contraditório prévio passou a existir com a edição da Lei nº 12.403/11, porém, com a nova descrição pormenorizada se tornou mais completa, de forma que agora exista o dever do juiz intimar a parte contrária para se manifestar, no prazo de 05 (cinco) dias, acerca do requerimento de decretação de medida cautelar.

Notadamente o contraditório prévio será incompatível com determinadas situações, sendo os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, hipóteses em que o magistrado poderá adotar a cautelar sem conceder prazo para manifestação da parte contrária, ou seja, uma concessão *inaudita altera pars*, todavia essa excepcionalidade deverá ser necessariamente fundamentada.¹⁰¹

Essa reformulação promovida em 2019 se deu, em suma, por conta de a redação anterior ser bastante vazia em detalhes, não alcançando prazos e procedimento.

Segundo Santos:

O contraditório prévio, por sua vez, foi mantido pela Lei nº 13.964/19, que se ocupou de pormenorizá-lo. O então § 3º do art. 282 do CPP era, de fato, bastante lacônico, limitando-se a anunciar que ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. Não estipulava, por exemplo, o prazo para a manifestação da parte contrária. A atual redação, **embora com falhas**, prima pelo maior detalhamento: Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar **no prazo de 5 (cinco) dias**, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e **os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha**

¹⁰⁰ Ibidem, art. 3º-A.

¹⁰¹ ASSUMPÇÃO, Vinícius. Pacote anticrime : comentários à Lei n. 13.964/2019 / Vinícius Assumpção. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 105.

elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.¹⁰² (Grifo do Autor)

A concessão de cautelar constritiva de liberdade de forma liminar, sem a manifestação da parte a ser submetida à medida, agora se torna uma excepcionalidade, de maneira que o magistrado ao conceder uma tutela cautelar sem a oitiva da parte contrária ou, ainda, sem justificar o porquê de estar concedendo liminarmente, a partir da análise do caso concreto, ter-se-á uma tutela nula, sem validade, por absoluta ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Nesse contexto, se destaca como novidade, nas hipóteses de urgência e perigo, a necessidade de o magistrado justificar e fundamentar a decisão.

Conforme Nucci:

Na prática, significa o seguinte: não havendo urgência ou perigo, o magistrado, recebendo o pedido de decretação de medida cautelar contra alguém, deve determinar a intimação da parte interessada para proporcionar o contraditório. **Contudo, se houver urgência ou perigo, o juiz pode decretar a medida cautelar sem providenciar o contraditório. Eis a novidade: nesta hipótese, o magistrado deve justificar e fundamentar em decisão que contenha elementos do caso concreto, justificando a medida excepcional. Cria-se uma diferença – que será utilizada mais tarde, também na prisão preventiva – entre justificar e fundamentar.** A justificação significa demonstrar que algo tem cabimento com base em argumentos lógicos; a fundamentação representa a demonstração de que algo é necessário fundado em provas concretas extraídas dos autos. Essa dicotomia cria um novo cenário para o juiz: justificar e fundamentar.¹⁰³

Essa dicotomia procedimental, entre justificar e fundamentar, busca combater a utilização de argumentos abstratos para lastrear a decretação de medidas cautelares, como, por exemplo, na utilização da prisão preventiva no crime de roubo em razão do delito ser, em tese, uma infração grave, pois neste caso a medida estará justificada, mas não fundamentada em provas concretas do processo.¹⁰⁴

2.6. Revisão Sobre a Necessidade da Prisão Preventiva

O art. 316 do Código de Processo Penal materializa a necessidade de revisão da preventiva em um determinado prazo, com previsão idêntica ao art. 282, §2º, do

¹⁰² SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Comentários ao pacote anticrime / Marcos Paulo Dutra Santos – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. P. 436.

¹⁰³ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado / Guilherme de Souza Nucci. – 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 1052.

¹⁰⁴ Ibidem.

mesmo diploma processual, relacionado com as cautelares em geral. Em vista disso, a prisão que venha a ser decretada, mantida ou revogada, deve ser devidamente justificada e fundamentada, conforme o estado atual dos fatos e coisas.¹⁰⁵

Assumpção ressalta que:

Isso significa que, se os fatos subjacentes à decretação da prisão preventiva deixam completamente de existir, ela deve ser revogada; se, após seu desaparecimento, há elementos concretos de seu retorno ou surgimento de novos fatos, ela pode voltar a ser decretada.¹⁰⁶

O parágrafo único do art. 316 do CPP, inserido pela Lei nº 13.964/19, busca preencher uma lacuna antiga do processo penal, pois historicamente a prisão preventiva é a modalidade de prisão cautelar que não possui prazo determinado de duração o que, conseqüentemente, a diferencia das outras modalidades de prisões, cita-se, a título de exemplo, a prisão temporária que, conforme visto, possui o prazo de 05 (cinco) dias, renováveis, ou, ainda, de 30 (trinta) dias, renováveis, de acordo com o tipo ou natureza do delito.¹⁰⁷

Com a alteração, a prisão preventiva continua sem a previsão de um prazo específico de duração, entretanto passa a existir o dever do magistrado, de ofício, analisar novamente a matéria (justificativa e fundamentos) no prazo de 90 dias, sob pena de tornar a prisão ilegal, tendo como consequência a necessidade de relaxamento da medida.

Ao revisitar e reavaliar o decreto, na hipótese de eventual manutenção da cautelar, uma nova decisão deverá ser proferida constando nela as suas devidas razões, observando-se as garantias processuais, bem como os comandos normativos que dispõem sobre a fundamentação das medidas cautelares de natureza pessoal.

Segundo Assumpção:

Na falta de uma alteração transversal e sistemática do Código de Processo Penal, parece-nos necessário fazer uma interpretação que confira coerência às disposições. **Nesse sentido, acreditamos que a prorrogação da prisão depende, também nesse momento, de revisão dos fundamentos da decretação e de audiência pública e oral. Não vemos razão em tratar de modo diferente atos semelhantes de constrição da liberdade. Se o art. 3º-B, VI, CPP, exige que o juízo de garantias instale audiência para**

¹⁰⁵ ASSUMPÇÃO, Vinícius. Pacote anticrime : comentários à Lei n. 13.964/2019 / Vinícius Assumpção. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 124.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ Ibidem.

decidir sobre a prorrogação, o ato deve ser realizado também pelo juízo da instrução.¹⁰⁸ (Grifo Nosso)

Desse modo, o motivo determinante da conservação ou relaxamento da custódia passa a ser, em síntese, a subsistência ou não, dos motivos que ensejaram a adoção da mesma, sendo que, ausentes esses, fomenta-se a ilegalidade, ensejadora, de relaxamento de prisão, ou, também, de *habeas corpus*, remédio constitucional presente no art. 648, IV, do CPP.

Na hipótese de prorrogação da custódia, a mesma dependerá da revisão dos fundamentos e de realização de audiência pública e oral, conforme pressuposto consignado no art. 3º-B, VI, do CPP.

Trata-se de inovação legislativa, inegavelmente, *pro reo*, de natureza material, pois impacta, diretamente, na liberdade do indivíduo, devendo ser aplicada retroativamente, conforme o art. 5º, XL, da Constituição Federal de 1988, motivando a revisão da necessidade e adequação das prisões preventivas decretadas ou convertidas a partir de flagrantes antes da Lei nº 13.964/19, no prazo de 90 (noventa) dias, sendo esse lapso temporal um teto para a referida revisão.¹⁰⁹

2.7. Novo Controle das Decisões

A Lei nº 13.964/19 – “Pacote Anticrime” alcançou o art. 315 do Código de Processo Penal e realizou uma série de alterações que, didaticamente, podem ser divididas em três grupos, sendo: primeiro, o *caput* do artigo foi complementado, de forma a explicitar que a decisão que decreta a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada; segundo, o §1º trata dos aspectos específicos da motivação das decisões que decretam a prisão ou outra medida cautelar; terceiro, o §2º apresenta as hipóteses em que uma decisão não será considerada fundamentada.¹¹⁰

A exigência de fundamentação inserida no art. 315, *caput*, do Código de Processo Penal, busca prestigiar o comando constitucional presente no art. 5º, LXI, referente a exigência de ordem escrita e fundamentada para prisão, e, também, o

¹⁰⁸ Ibidem, p. 124-5.

¹⁰⁹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Comentários ao pacote anticrime / Marcos Paulo Dutra Santos – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. P. 453-4.

¹¹⁰ ASSUMPÇÃO, Vinícius. Pacote anticrime : comentários à Lei n. 13.964/2019 / Vinícius Assumpção. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 121.

mandamento constante no art. 93, IX, que exige a fundamentação das decisões, sob pena de nulidade, ambos artigos da Constituição Federal de 1988.¹¹¹

Segundo Sanches Cunha:

(...) a motivação das decisões submete-se ao princípio constitucional da publicidade e controle dos atos judiciais, a ser exercido pelos poderes público, pelos jurisdicionados, pela sociedade e pela comunidade jurídica. **Tocante às decisões judiciais, a expressão fundamental, com o mesmo significado de motivar, está a merecer apreciação diferenciada, em razão das funções distintas que exercem, dentro e fora do processo.** Para o juiz estabelecer a necessária correlação entre a demanda e a sentença, a motivação deve se ocupar das questões de fato e de direito, apresentadas como “causa petendi”, enquanto a fundamentação destina-se finalisticamente à solução do pedido, mediante a determinação de um fundamento jurídico aplicável ao caso concreto.¹¹² (Grifo Nosso)

Apesar da previsão constitucionai, o legislador, através da Lei nº 13.964/19, entendeu necessário reforçar o mandamento constitucional, apontando, para tanto, a necessidade de motivação e fundamentação das decisões judiciais.

Já o §1º do art. 315, novidade legislativa, busca evitar as decisões que fazem referência, ou ainda, se baseiam em fatos temporalmente distantes na sua fundamentação, passando agora a ser necessário o apontamento de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida e, conseqüentemente, a restrição da liberdade do indivíduo submetido a segregação cautelar.¹¹³

É dizer que, com o novo paradigma, o magistrado deverá ser claro, preciso e atual com relação aos fatos que o levam a considerar a adoção da medida cautelar, seja para a garantia da ordem pública, assegurar a instrução criminal ou garantir a aplicação da lei penal, não sendo, portanto, admitido alegações genéricas ou amparada em fatos superados pelo tempo e atualidade fática.

(...) Não basta de maneira alguma, não é fundamentação, fraudar a finalidade da lei e ilude as garantias da liberdade o fato de o juiz dizer apenas: “considerando que a prisão é necessária para a garantia da ordem pública (...)” ou então: “a prova dos autos revela que a prisão é conveniente para a instrução criminal (...)”. fórmulas como essas são a mais rematada da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania ou ignorância, pois além de tudo envolvem petição de princípio: com elas o juiz toma por base exatamente aquilo que deveria demonstrar.¹¹⁴

¹¹¹ Ibidem, p. 122.

¹¹² CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP / Rogério Sanches Cunha – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 294-5.

¹¹³ ASSUMPÇÃO, Vinícius. Pacote anticrime : comentários à Lei n. 13.964/2019 / Vinícius Assumpção. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 122.

¹¹⁴ TORNAGUI, 1997. Apud CUNHA, 2020. P. 295.

O §2º do art. 315, também novidade legislativa, por sua vez, aborda de forma geral a questão da fundamentação das decisões, não se limitando à prisão preventiva ou demais medidas cautelares, mas, sim, à todas as decisões judiciais, sejam elas decisões de natureza interlocutória, setenças ou acordãos.¹¹⁵

A legislação processual não possuía, até o advento da Lei nº 13.964/19, um dispositivo que orientasse o intérprete a identificar a ausência de fundamentação em uma decisão, frente a esse contexto parcela da doutrina defendia a aplicação do art. 489, §1º, do Código de Processo Civil, por meio de analogia corroborada pelo art. 3º do Código de Processo Penal, mas agora com a inovação no art. 315, §2º, do mesmo diploma, tem-se preenchido uma lacuna do ordenamento brasileiro.¹¹⁶

A exigência, agora, não se lastreia na necessidade de produção de uma “obra” aprofundada em conceitos e citações doutrinárias, sob pena de adiantar a análise do mérito, mas, sim, de uma decisão que observe, com a devida atenção, a Constituição de 1988 e os respectivos requisitos que autorizam a decretação da medida.

Conforme leciona Sanches Cunha:

Decisão judicial suficientemente motivada e fundamentada, de acordo com a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores, não reclama uma “obra” aprofundada em citações doutrinárias e pretorianas, evitando-se, ademais, o risco de se adiantar precipitadamente o mérito do julgamento em decisões que antecedem a sentença final.¹¹⁷

O autor ressalta ainda:

No que diz respeito à decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, permite decisão sucinta, mas que, observe, com atenção, a Constituição e os pressupostos e requisitos autorizadores da medida. Nos termos da tese n. 5, da “Jurisprudência de Teses”, do STJ, “as medidas cautelares diversas da prisão, ainda que mais benéficas, implicam em restrições de direitos individuais, sendo necessária fundamentação para sua imposição”.¹¹⁸

A partir da leitura da leitura do novo dispositivo inserido pela Lei nº 13.964/19, que consiste em uma reprodução do art. 489, §1º, do Código de Processo Civil, depreende-se que a decisão do magistrado deve se furtar do senso comum, assim como evitar frases prontas, que servem como “carimbos”, permitindo inclusive sua

¹¹⁵ ASSUMPÇÃO, Vinícius. Pacote anticrime : comentários à Lei n. 13.964/2019 / Vinícius Assumpção. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 122.

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP / Rogério Sanches Cunha – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 296.

¹¹⁸ Ibidem.

reprodução em série, aplicáveis a todo e qualquer caso, sem que exista um mínimo de individualização da situação em análise.¹¹⁹

Conforme Sanches Cunha:

(...) Deve ficar evidente o porquê de o juiz ter tomado aquela decisão. Nessa linha de raciocínio, 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. Se, por um lado, “a primariedade, os bons antecedentes, a residência fixa e a profissão lícita são circunstâncias pessoais que, de per si, não são suficientes ao afastamento da prisão preventiva” (STF – HC nº 114841-SP, Rel. Luiz Fux, j. 10.09.2013, DJe 24.09.2013), é de rigor, por outro, 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 essa espécie de delito, à sua adesão a organização criminosa estruturada ao ilícito comércio, o modus operandi empregado etc.¹²⁰

Assim, se elementos como a primariedade e os bons antecedentes, por exemplo, não são suficientes para evitar a segregação cautelar, existindo, pois, uma necessidade de elementos concretos, a exigência de fundamentação para a adoção da medida deve ser igualmente rigorosa, sendo fundamental que o juiz apresente, mesmo que de forma sintética, a real motivação e necessidade do decreto.

Decisões que, a título de exemplo, se limitam a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem a devida identificação dos fundamentos determinantes ou demonstração de adequação dos fatos aos fundamentos legais, se traduzem em um juízo pseudofundamentado, devendo ser rechaçado, pois o magistrado não realizou o *distinguishing*, resultando em uma decisão nula por falta de fundamentação.¹²¹

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ Ibidem, p. 296-7.

¹²¹ Ibidem, p. 297.

3. A PRISÃO PREVENTIVA SOB A ÓTICA DA TEORIA GARANTISTA

As alterações promovidas pela Lei nº 13.964/19 - Pacote Anticrime – no tocante ao contraditório, prazo de revisão e demais inovações, tem por base as implicações que a prisão preventiva tem provocado no sistema carcerário e, conseqüentemente, na vida do indivíduo, aspectos que sempre exigiram uma resposta do legislador.

Dessa forma, para compreender a necessidade e profundidade das alterações é importante submeter a prisão preventiva, enquanto instituto e fenômeno, a uma análise com aporte nas premissas da teoria garantista a fim de que, vistos a importância dos direitos fundamentais e os reflexos da medida, compreenda-se a relevância da reforma e da busca de racionalidade no processo penal cautelar.

3.1. Introdução à Teoria Garantista

A teoria garantista, cujo marco histórico e teórico é a obra “Direito e Razão” de Luigi Ferrajoli e o movimento encabeçado por ele e outros magistrados na Itália, consiste em um sistema que tem como pressuposto a proteção dos direitos fundamentais individuais previstos essencialmente na Constituição da República.¹²²

A referida teoria pode ser abordada a partir de três acepções distintas que, indiscutivelmente, consolidam os fundamentos e pilares do garantismo.

Em uma primeira interpretação, o garantismo designa um modelo normativo de direito, que, em um plano político, apresenta-se como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade, e, em um plano jurídico, como um sistema de vínculos limitadores e impostos ao poder punitivo do Estado para a garantia dos direitos dos cidadãos.¹²³

Já em uma segunda interpretação, o garantismo se revela como uma teoria jurídica de validade e efetividade que, enquanto categorias distintas, expressam uma aproximação teórica que delimita o *ser* e o *dever ser* na ciência jurídica, se traduzindo,

¹²² FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Editora Juspodvm, 2010. p. 32.

¹²³ Ibidem, p. 35.

pois, na não obrigatoriedade do magistrado aplicar leis inválidas que contrariem o regramento constitucional, ainda que vigentes.¹²⁴

E, ainda, em uma terceira interpretação, o garantismo apresenta uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado o dever e a responsabilidade de justificação externa conforme os bens jurídicos e interesses cuja tutela e garantia lhes interessam e sejam a sua finalidade precípua.¹²⁵

Essas três acepções, ou interpretações, conforme Ferrajoli, fundamentam uma teoria geral do garantismo, pressupondo a vinculação do Poder Público ao estado de direito; assim como a separação entre validade e vigência, e a distinção entre os pontos de vista externo e o interno, sendo, respectivamente, o prisma político e o jurídico, com o correlato debate sobre justiça e validade.¹²⁶

Dessa forma, em um verdadeiro Estado garantista o legislador, e os demais poderes públicos, incluindo os privados, não detém um poder de disposição, pois estarão limitados pelos bens e valores constitucionais, indo para além dos direitos e garantias fundamentais de natureza individual.¹²⁷

Por consequência, a teoria garantista acaba estabelecendo os critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando os modelos de controle social que afetam os direitos e garantias individuais em benefício da “defesa social”, assim, a sobredita teoria cria um instrumental prático-teórico voltado à tutela dos direitos face a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.¹²⁸

Segundo Salo de Carvalho, nesse sistema:

Os direitos fundamentais adquirem, pois, status de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não-decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do “bem comum”. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.¹²⁹

¹²⁴ Ibidem, p. 35-6.

¹²⁵ Ibidem, p. 36.

¹²⁶ Ibidem, p. 36.

¹²⁷ Ibidem, p. 36.

¹²⁸ CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo. Aplicação da pena e garantismo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. P. 19.

¹²⁹ Ibidem, p. 19.

Esses direitos representam vínculos substanciais de caráter negativo, limitando o procedimento de intervenção estatal, impondo, também, o “dever de observância que a maioria, inclusive a unanimidade, não pode legitimamente violar, visto estarem garantidos e aliados de qualquer forma de disponibilidade”.¹³⁰

(...) Assim, em matéria penal, sequer por unanimidade pode um povo decidir ou consentir que um homem morra ou seja privado sem culpa de sua liberdade; que pense ou escreva, ou não pense ou não escreva; que se reúna ou não com outros; que case ou não com determinada pessoa ou que com ela decida ter ou não filhos et coetera. A garantia desses direitos corresponde a pré-condições de convivência, sendo que sua lesão por parte do Estado justificaria o dissenso, a resistência e a guerra civil.¹³¹

A teoria garantista representa uma defesa da racionalidade jurídica, a partir da alocação do direito como única alternativa à violência dos delitos e das penas, cuja existência somente se justifica se for tratado como instrumento de tutela do indivíduo contra as formas públicas ou privadas de violência e vingança.¹³²

(...) O direito penal e processual penal passam a ser compreendidos, portanto, como lei do mais fraco, em alternativa à lei do mais forte, que vigeria na sua ausência. Defesa do mais fraco que ...no momento do delito é a parte ofendida, no momento do processo é o réu e no momento da execução é o condenado.¹³³

Compreende-se, logo, a indicação de uma técnica de limitação dos poderes, públicos e privados, tendo como elemento estrutural e substancial a presença de garantias liberais e sociais expressas através dos direitos fundamentais do cidadão frente ao Estado e seu poderio, de modo que os interesses dos mais “fracos” e a tutela das minorias marginalizadas ganhe necessária atenção jurídica.¹³⁴

A teoria garantista é um conjunto de ideias que faz resistência a toda e qualquer estrutura de saber e poder que contempla o homem enquanto elemento descartável, negando a importância da pessoa humana e dos direitos.¹³⁵

Segundo Salo de Carvalho:

(...) A perspectiva garantista, portanto, estabelece mecanismos jurídico-políticos de luta pela razão contra todas as formas de obscurantismo, correspondendo a um saber alternativo ao neobarbarismo defensivista

¹³⁰ Ibidem, p. 19.

¹³¹ Ibidem, p. 19-20.

¹³² Ibidem, p. 20.

¹³³ Ibidem, p. 20.

¹³⁴ Ibidem, p. 20.

¹³⁵ Ibidem, p. 20.

capitaneado, na atualidade, pelos movimentos da “Lei e Ordem” e de “(Nova) Defesa Social”.¹³⁶

Assim, ao ser aplicado no campo penal, o garantismo funda um esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela e defesa dos direitos e fiabilidade do juízo e legislação, que se propõe a limitar o poder punitivo e proteção da pessoa contra as violências arbitrárias, sejam públicas ou privadas, organizando o ordenamento jurídico conforme os pressupostos presentes na Constituição do Estado.¹³⁷

3.2. A Prisão Preventiva e a Crítica de Ferrajoli

O jurista italiano Luigi Ferrajoli desenvolve em sua obra intitulada “Direito e Razão” a teoria do garantismo penal, estudo que apresenta aspectos formais e substanciais cuja função é garantir aos cidadãos os direitos fundamentais presentes no ordenamento jurídico, servindo esses, ainda, como elemento de validade normativa e limite ao poder de punir do Estado, coibindo a violência e primando pela liberdade.

Em sua obra Ferrajoli expõe uma visão crítica sobre a pretensão punitiva estatal, na busca de um parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva, pois a prática demonstra um contexto de violação desses pressupostos.

Interessa para o presente trabalho as análises sobre as medidas cautelares e a prisão, enquanto instituto e fenômeno, assim como as suas respectivas aplicações e implicações.

Ferrajoli assevera que:

(...) a crescente ineficácia das técnicas processuais, que em todos os países evoluídos tem provocado um aumento progressivo da prisão cautelar em relação ao encarceramento sofrido na expiação da pena; a ação dos meios de comunicação, que tem conferido aos processos, sobretudo aos seguidos por delitos de particular interesse social, uma ressonância pública que às vezes tem para o réu um caráter aflitivo e punitivo bem mais temível do que as penas; (...).¹³⁸ (Grifo Nosso)

Entende-se então que o abuso das prisões cautelares está inserido em um processo de crise das técnicas processuais, onde nem as penas privativas de liberdade, nem as penas pecuniárias, atualmente, parecem satisfazer os fins

¹³⁶ Ibidem, p. 20-1.

¹³⁷ Ibidem, p. 21.

¹³⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão : teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 329.

alamejados pelo direito penal, não sendo possível uma resposta jurisdicional para a sociedade.¹³⁹

O próprio desenvolvimento de medidas alternativas e de sanções substitutivas demonstram essa crise concernente às penas privativas de liberdade, sendo uma das principais características deste século com relação às técnicas sancionadoras, porém esse processo representa também um sinal de resistência do paradigma carcerário, pois essas medidas não substituíram a pena de prisão, na verdade, passaram a ser combinadas em um eventual corretivo, criando, pois, um cenário de incontrolável discricionariedade judicial e executiva.¹⁴⁰

Dessa forma, a prisão passa a ser, em oposição a seu modelo teórico e normativo, mais do que a privação de um tempo abstrato da liberdade do indivíduo, passando, por consequência, a provocar determinadas situações que tornam a pena privativa de liberdade uma circunstância extremamente gravosa.¹⁴¹

Segundo Ferrajoli, a prisão:

(...) Inevitavelmente, tem conservado muitos elementos de aflição física, que se manifestam nas formas de vida e de tratamento, e que diferem das antigas penas corporais somente porque não estão concentradas no tempo, senão que se dilatam ao longo da duração da pena. Ademais, à aflição corporal da pena carcerária acrescenta-se a aflição psicológica: a solidão, o isolamento, a sujeição disciplinária, a perda da sociabilidade e da afetividade e, por conseguinte, da identidade, além da aflição específica que se associa à pretensão reeducativa e em geral a qualquer tratamento dirigido a vergar e a transformar a pessoa do preso.¹⁴²

A prisão torna-se então uma situação lesiva para a dignidade da pessoa humana, penosa e inutilmente aflitiva, haja vista que sua aplicação acarreta o isolamento social do imputado impedindo a reeducação frente ao sofrimento imposto.

Diante dessa problemática, Ferrajoli sugere a criação de um sistema de penas alternativas para a superação da privação de liberdade, mas que a principal questão a ser enfrentada seria a delimitação de qual pena viria a substituí-la, para isso são apresentadas medidas alternativas, sendo elas: a prisão domiciliar, limitação do fim de semana, liberdade vigiada, a semiliberdade, dentre outras, as quais, dependendo da aplicação, podem ser mais efetivas do que a segregação do indivíduo.

¹³⁹ Ibidem, p. 330.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 330.

¹⁴¹ Ibidem, p. 331.

¹⁴² Ibidem, p. 331.

O meio capaz de possibilitar e consolidar esse sistema seria a revisão e alteração do conteúdo das penas sendo necessário, inclusive, a redefinição teórica e normativa das modalidades de privação de bens e de direitos, para tanto é importante o reconhecimento da natureza antieducativa e criminógena da pena carcerária.¹⁴³

Ferrajoli defende:

(...) a previsão legal da reclusão só para poucos, gravíssimos delitos e por um tempo máximo determinado, por exemplo, os três primeiros anos; e a previsão, após estes três primeiros anos, e desde o início para os demais delitos, de penas legais correspondentes às atuais medidas alternativas, como a semiliberdade, a limitação de fim de semana, as prisões domiciliares e outras semelhantes.¹⁴⁴

Tal transformação somente será possível se a reclusão for considerada, por si só, uma aflição desumana e excessiva, passível de ser substituída por outras medidas, mediante uma reforma penal que permita a aplicação individualizada, e não combinada como ocorre atualmente.

Ferrajoli considera a liberdade um direito personalíssimo, inalienável e indisponível que, conforme lições de Beccaria, não pode sofrer uma restrição total, o que implica em um deslocamento de atenção para os demais direitos que, por serem disponíveis, permitem formas mais variadas e toleráveis de privação ou restrição.¹⁴⁵

Essas restrições, por sua vez, devem ser conciliadas com as garantias processuais reveladas pelos princípios que delimitam “quando” e “como julgar”, sendo eles: a presunção de inocência, a separação das funções de acusar e julgar, o ônus probatório e o direito de defesa do acusado. Essas garantias, em geral, disciplinam a jurisdição, assumindo um caráter instrumental em relação às garantias penais.¹⁴⁶

Segundo Ferrajoli:

(...) As garantias penais, ao subordinar a pena aos pressupostos substanciais dos crimes – a lesão, a conduta e a culpabilidade -, **são tanto efetivas quanto mais estes forem objeto de um juízo, em que sejam assegurados ao máximo a imparcialidade, a verdade e o controle.**¹⁴⁷ (Grifo Nosso)

Desse modo, fomenta-se a garantia de um juízo não arbitrário, onde as garantias penais e processuais estejam vinculadas ao princípio da legalidade, se limitando, por

¹⁴³ Ibidem, p. 336.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 336.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 337.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 431-2.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 432.

consequente, somente às questões que possuírem previsão legal, ou seja, um processo que obedeça os pressupostos de um sanção justa e coerente em um contexto democrático.

Em vista disso:

(...) De fato, **as garantias processuais que circundam a busca da verdade processual no processo cognitivo asseguram a obtenção de uma verdade mínima em obediência aos pressupostos da sanção**, mas também garantida, graças ao caráter empírico e determinado das hipóteses acusatórias, por cânones de conhecimento como a presunção de não culpabilidade até prova em contrário, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a publicidade do procedimento probatório, o contraditório e o direito de defesa mediante refutação da acusação.¹⁴⁸ (Grifo Nosso)

Cuida-se com isso de um modelo processual permeado por parâmetros mínimos que garantam à sociedade a devida responsabilidade do indivíduo que praticou um delito, mas, também, permita que o imputado exerça sua defesa sem constrangimentos e com todos os seus direitos assegurados, o que somente é possível com um ordenamento jurídico afinado com os ideais de um Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, o processo penal ganha destaque, sendo, conforme sua configuração, um instrumento de defesa das garantias do acusado, pois submete a busca pela verdade ao procedimento probatório e aos debates.

Conforme Ferrajoli:

(...) **o escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades do cidadão, mediante a garantia da verdade** – uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatida – contra o abuso e o erro.¹⁴⁹ (Grifo Nosso)

Essa dupla função garantista do processo penal faz com que o papel do juiz ganhe valor político e intelectual, devendo esse prezar pela tolerância com relação às razões controversas, atenção e controle sobre todas as hipóteses em conflito, bem como imparcialidade diante do conflito e a dúvida como hábito profissional.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Ibidem, p. 434.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 439

¹⁵⁰ Ibidem, p. 439.

São os requisitos para a legitimação da atividade exercida pelo magistrado, pois ele é o sujeito responsável pela análise imparcial dos fatos e do direito, cujo objetivo é estabelecer a verdade processual a partir da averiguação dos desvios puníveis.

A jurisdição se torna, na ótica garantista, uma atividade necessária para a obtenção das provas relacionadas ao cometimento de um delito, de maneira que, não sendo encontrada uma através de um processo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser considerado culpado nem submetido a pena. Segundo Ferrajoli, “a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo”.¹⁵¹

A jurisdição deve então ser desempenhada com vistas ao princípio da presunção de inocência para que, com respeito às garantias processuais, conserve a sua legitimidade e concretize o Estado Democrático de Direito.

Ferrajoli assevera que:

(...) o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, **é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito**: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam.¹⁵² (Grifo Nosso)

Caso o princípio da presunção de inocência seja ignorado, corre-se o risco de retrocesso ao período medieval, onde a suspeita ou dúvida sobre a culpabilidade se configuravam como semiprova a ser utilizada no processo que era inquisitório.

Dessa forma, ao se atrelar o exercício da jurisdição ao princípio da presunção de inocência se torna fundamental a abordagem dos aspectos que envolvem as medidas cautelares, principalmente a prisão preventiva ou, ainda, cautelar.

Conforme Ferrajoli:

A história da detenção cautelar do imputado no transcurso do processo está estritamente conectado com a do princípio da presunção de inocência: na medida e nos limites em que a primeira foi sendo cada vez mais admitida e praticada, seguiram-se de perto os desenvolvimentos teóricos e normativos do segundo.¹⁵³ (Grifo Nosso)

¹⁵¹ Ibidem, p. 441.

¹⁵² Ibidem, p. 441.

¹⁵³ Ibidem, p. 443.

No transcurso da história, em Roma, por exemplo, chegou-se a proibir por completo a prisão preventiva, mas já na Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela se tornou o pressuposto da instrução, pois essa era baseada na disposição do corpo do acusado como meio de obter a confissão através da tortura, eis que essa era considerada como a rainha das provas.¹⁵⁴

A utilização da prisão preventiva somente passou a ser rechaçada e rejeitada com o advento do Iluminismo, em consonância com o princípio “*nulla pena, nulla culpa sine iudicio*” (não há pena, não há culpa sem processo) e, também, a redescoberta do processo acusatório.¹⁵⁵

Ferrajoli, com base nas lições de Hobbes, ressalta que:

(...) **a prisão preventiva não é uma pena mas um “ato de hostilidade” contra o cidadão**, de modo que “qualquer dano que faça um homem sofrer, com prisão ou constrição antes que sua causa seja ouvida, além ou acima do necessário para assegurar sua custódia, é contrário à lei da natureza”.¹⁵⁶
(Grifo Nosso)

O jurista italiano cita Beccaria para reforçar a sua crítica:

(...) “sendo a privação da liberdade uma pena, não se pode preceder a sentença senão quando assim exigir a necessidade”: precisamente, **a “custódia de um cidadão até que seja julgado culpado, ... deve durar o menor tempo e deve ser o menos dura possível” e “não pode ser senão o necessário para impedir a fuga ou não ocultar a prova do crime”**.¹⁵⁷
(Grifo Nosso)

É interessante observar que Voltaire, assim como outros juristas e filósofos, também denunciaram vigorosamente as atrocidades, barbaridades e injustiças da prisão preventiva, exigindo, pois, a sua devida limitação, tanto na duração como nos pressupostos, limitando-os aos casos de estrita necessidade processual.¹⁵⁸

Segundo Ferrajoli:

Nunhum desses pensadores, contudo, chegou a exigir coerentemente a supressão do vituperado instituto: como se ele fosse uma “injustiça necessária” ou exatamente, como declarou William Blackstone, como se sem ele fosse “impossível proteger o direito e a sociedade”. Hobbes justificou a “carceragem” com a necessidade de “custódia de um homem acusado”, afirmando que nesse caso ela “não é uma pena, pois se supõe que ninguém seja punido antes de ter sido ouvido em juízo”. (...) Carrara, por fim, após ter declarado que a “custódia preventiva, considerada apenas no que respeita às

¹⁵⁴ Ibidem, p. 443.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 443.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 443.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 443.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 443.

necessidades do processo, não poderia ser senão brevíssima – tanto quanto necessário para interrogar o réu e ter de sua viva voz todos aqueles esclarecimentos que a instrução pode desejar” -, admitiu que ela pode ser decretada “não só para impedir a fuga do réu”, mas também “por necessidade de segurança pública, insto é, “para impedir que, durante o processo, certos facinoras continuem com seus ataques ao direitos alheio”.¹⁵⁹ (Grifo Nosso)

Apesar do esforço, em apertada síntese, ainda que em nome de “necessidades” diversas, as vezes invocadas individualmente, a prisão preventiva acabou sendo instrumentalizada e justificada por todo o pensamento liberal do período clássico.¹⁶⁰

A consequência desse processo de legitimação foi a prisão preventiva, depois de um retrocesso autoritário e inquistório da cultura penal do século XIX, ter se firmado profundamente em todos os ordenamentos europeus, se fazendo presente em diversas cartas constitucionais, e se consolidando em códigos, promovendo e sustentando práticas irracionais até o atual cenário patológico.¹⁶¹

Nesse contexto, o desenvolvimento racional da prisão preventiva no decorrer de alguns regimes, por exemplo no facismo, teve um evidente enfraquecimento uma vez que não existiam obstáculos para decretação e aplicação da referida medida. Assim, a prisão preventiva assumia a fisionomia de um medida voltada à prevenção contra os “perigosos” e “suspeitos” ou, ainda, de um execução provisória, ou antecipada, da pena, terminando por alterar a ordem do processo e distorcer o sistema processual.¹⁶²

Esse uso abusivo da prisão preventiva, e respectivo encarceramento preventivo/cautelar, sem a devida observância quanto ao princípio da presunção de inocência promove um esvaziamento das garantias penais e processuais.

Ferrajoli assevera que:

(...) toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio. Não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo.¹⁶³ (Grifo Nosso)

Por consequência, se torna necessário avaliar a necessidade de utilização da prisão preventiva, não podendo ela ser tratada como mera conveniência do Estado, no âmbito de sua autoridade. O objetivo da prevenção deve ser então limitado e

¹⁵⁹ Ibidem, p. 443-4.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 444.

¹⁶¹ Ibidem, p. 444.

¹⁶² Ibidem, p. 444.

¹⁶³ Ibidem, p. 446.

justificado apenas por duas finalidades, sendo elas: o risco da destruição de provas e o perigo de fuga e ocultação do acusado, não podendo, inclusive, se confundir o interrogatório do acusado com a necessidade de proteger elementos informativos, haja vista não se tratar de um meio de obtenção da confissão.

Segundo Ferrajoli:

(...) O interrogatório do imputado, em uma visão não inquisitória de processo, não é uma necessidade da acusação, mas um direito da defesa, que deve servir não para formar prova de culpabilidade mas só para contestar a imputação e para permitir a defesa do acusado. Sua coercitividade é não só um escopo desnecessário, mas um propósito francamente ilegítimo, cuja realização “para arrancar a confissão do réu” – nas palavras de Francesco Carrara – mostra “não estar morta a semente daqueles que secretamente lamentam a abolição da tortura; já que a masmorra, utilizada no sentido como acima se ensina, não é outra coisa que uma tortura disfarçada.”¹⁶⁴ (Grifo Nosso)

O interrogatório não pode ser tratado como uma medida coercitiva, na hipótese de crimes graves dever ser compreendido como uma exigência, ou condição, instrutória cujo objetivo é possibilitar a conservação do estado das provas e que o imputado não apresente falsas defesas. Deve-se considerar os mesmos parâmetros da duração da prisão, ou seja, o período de interrogatório não deve ser longo sob pena de se tornar danoso e ineficaz em virtude da privação com o mundo exterior.

Ferrajoli enfatiza que:

(...) Excluída a função de conservação das provas, o prolongamento da detenção não pode ter outro efeito (para não dizer escopo) que o de colocar o imputado numa condição de submissão, de colocar obstáculos a sua defesa, de induzi-lo eventualmente à confissão e até mesmo permitir que outros sujeitos – a acusação, a parte civil ou outros interessados - realmente deteriores as provas. “Se a privação de toda comunicação com o exterior”, escreve Bentham sustentando apenas a cessação do isolamento após o interrogatório, “fosse prolongada até o dia da audiência definitiva, nem mesmo o mais inocente dos homens, chegando ao tribunal sem ter podido se servir de conselhos e sem ter reunido suas contraprovas, estaria em condições de enfrentar seus acusadore”.¹⁶⁵ (Grifo Nosso)

A segregação preventiva após o interrogatório somente poderá ser considerada razoável se a defesa for pensada, ou tratada, como um obstáculo, sendo que nesse cenário o perigo de fuga está mais atrelado ao medo da prisão preventiva do que a possibilidade de ser submetido ao cumprimento de uma eventual pena, pois caso não

¹⁶⁴ Ibidem, p. 447.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 447.

existisse essa perspectiva cautelar, o imputado se preocuparia prescipientemente em se defender e não achar ou elaborar meios de fuga e ocultamento.¹⁶⁶

Além disso, levando em consideração uma sociedade desenvolvida e informatizada, bem como internacionalmente integrada, uma fuga se torna algo complexo. Conforme Ferrajoli, com relação a forma e possibilidade de coibir uma fuga, “bastasse para desencorajá-la uma vigilância mais intensa ao imputado sobretudo nos dias precedentes à sentença”.¹⁶⁷

Por envolver uma questão de dignidade, um cidadão presumidamente inocente, em estado democrático de direito, deveria enfrentar seus juízes e acusadores de maneira livre, em liberdade, sobretudo para que ele possa enfrentar o órgão acusatório de modo igualitário, organizando e exercendo sua defesa.

Conforme Ferrajoli:

(...) O imputado deve comparecer livre perante seus juízes, não só porque lhe seja assegurada a dignidade de cidadão presumido inocente, mas também – e diria acima de tudo – por necessidade processual: para que ele esteja em pé de igualdade com a acusação; para que, depois do interrogatório e antes da audiência definitiva, possa organizar eficazmente sua defesa; para que a acusação não esteja em condições de trapacear no jogo, construindo acusações e deteriorando provas pelas suas costas.¹⁶⁸
(Grifo Nosso)

Ademais, o alargamento da marcha processual afeta um importante fator que implica no trabalho da defesa e influência na decretação da prisão preventiva: a opinião pública. A ideia de um acusado não ser punido de imediato, apesar de ainda não ter sido julgado, provoca um clamor social que acaba associando as finalidades repressivas da pena à prisão preventiva.¹⁶⁹

Isso demonstra que as culturas da justiça são múltiplas, normalmente ambivalente e conflitante, porém, historicamente mutáveis, se assentando na responsabilidade intelectual e política dos juristas e legisladores em defenderem e consolidarem os valores da razão, tolerância e de liberdade que fundamentam a conquista da civilidade que é a presunção de inocência.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Ibidem, p. 448.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 448.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 449.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 449-50.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 450.

3.3. As Implicações da Prisão Preventiva sob a Ótica Garantista

3.3.1. Os reflexos no sistema carcerário (superlotação)

O sistema prisional brasileiro é marcado, como já dito, por uma aguda crise estrutural, principalmente no que toca a superlotação, pois conforme os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN o Brasil é o país com a quarta maior população encarcerada no mundo, sendo que desse quantitativo uma grande parcela é composta de presos provisórios, pessoas que aguardam uma manifestação sobre os seus respectivos processos, ou, ainda, sua oitiva e possibilidade de defesa.

No ano de 2019, antes da pandemia do Covid-19, os dados do Infopen apresentavam uma população carcerária de 773.151 pessoas privadas de liberdade, levando em consideração os custodiados em unidades prisionais e delegacias, sendo que desse total cerca de 33% eram de presos provisórios.¹⁷¹

Conforme visto, os dados de 2021, após um ano de pandemia, assim como de anos anteriores, demonstram um processo de encarceramento em massa, fazendo com que o Brasil ocupe a 26ª posição no ranking dos países que mais prendem no mundo, sendo que, se considerados os dados de 200 países, o Brasil fica na 103ª posição devido o percentual de presos provisórios no sistema prisional.¹⁷²

Assim, evidencia-se uma das principais características do sistema prisional brasileiro, qual seja, a superlotação carcerária baseada em presos provisórios.

Segundo Narciso Torres, no Brasil, a prisão preventiva se tornou um instrumento jurídico eficaz voltado para a manutenção de parcela da população encarcerada, sendo que esse público é composto por indivíduos, em sua maioria, oriundos de regiões periféricas, e que já eram excluídos e marginalizados.¹⁷³

¹⁷¹ Infopen – Painel Interativo dezembro/2019; Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>; Acesso em: 14/04/2021.

¹⁷² **Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, Brasil se mantém na 26ª posição em ranking dos países que mais prendem no mundo**; Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>; Acesso em: 14/04/2021.

¹⁷³ TORRES, Eli Narciso. Prisão, educação e remição de pena no Brasil: a institucionalização da política para a educação de pessoas privadas de liberdade/ Eli Narciso Torres – 1. ed. - Jundiaí [SP]: Paco Editorial, 2019. P. 61.

Em 2014, o Departamento Penitenciário Nacional reconheceu, através de relatório próprio, que a prisão no contexto brasileiro era formada majoritariamente de jovens negros, de baixa escolaridade e de baixa renda.¹⁷⁴

Esse fenômeno de excesso das prisões provisórias tem sido denunciado pelos organismos de direitos humanos, na tentativa de impedir o avanço da medida que é considerada como abusiva, pois viola direitos fundamentais.¹⁷⁵

A própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH – emitiu relatório dedicado ao uso da prisão preventiva nas Américas, onde, conforme os dados e análises, considerou a medida como desmedida e arbitrária, uma vez que alimenta a superpopulação carcerária, resultando em um problema crônico e imprudência jurídica.¹⁷⁶

Esta realidade do uso excessivo da prisão preventiva na Américas foi reconhecida em outras instâncias pela própria Organização dos Estados Americanos (OEA), como durante a Terceira Reunião de Autoridades Responsáveis pelas Políticas Penitenciárias e Carcerárias, na qual se fez referência ao “amplo uso da detenção preventiva”, chegando-se a estimar que, na região, “mais de 40% da população carcerária se encontra em prisão preventiva”. (...) Como se desenvolve neste relatório, o uso excessivo da prisão preventiva é um problema complexo produzido por causas de distintas naturezas: questões de desenho legal, deficiências estruturais dos sistemas de administração da justiça, ameaças à independência judicial, tendências enraizadas na cultura e prática judicial, entre outras. (...) **o uso não excepcional desta medida contribuiu para agravar outros problemas já existentes na região, como os altos níveis de superlotação penitenciária, o que gera uma situação fática na qual se veem violados outros direitos fundamentais de prisioneiros, como o direito à integridade pessoal.**¹⁷⁷ (Grifo Nosso)

Outros organismos internacionais também monitoram e denunciam o processo de encarceramento em massa, cita-se, por exemplo, o Instituto Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (IANUD), o que possibilitou a identificação, principalmente na última década, do uso intenso da prisão preventiva.¹⁷⁸

Importante salientar, nesse íterim, que na conjuntura brasileira o aumento do quantitativo de presos provisórios não é correspondido com o aumento do número de

¹⁷⁴ Ibidem, p. 61-2.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 62.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 62.

¹⁷⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas américas: introdução e recomendações. Tradução Realizada pela Rede Justiça Criminal. Madrid, Espanha, 2013. P. 2-3.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 4.

vagas no sistema penitenciário, pois ainda se aposta em um modelo fracassado ao mesmo passo que se defende, no âmbito discursivo, a adoção de modelos alternativos e medidas cautelares diversas da prisão – sendo que esses estão longe do centro da política penal.¹⁷⁹

O Conselho Nacional de Justiça reconheceu, em obra dedicada ao Mutirão Carcerário, que o Brasil está superlotando as suas prisões em uma ilusão de combate à criminalidade, e colocando atrás das grades aqueles que violam as leis penais, mas que, não raras as vezes, tem sua condição de seres humanos esquecida ao invés de serem apenas subtraídos momentaneamente do convívio social.¹⁸⁰

Desse modo, as prisões e penitenciárias brasileiras acabam se caracterizando como verdadeiros depósitos humanos, onde homens e mulheres são amontoados, sem o mínimo de dignidade. Locais que foram projetados e construídos para acomodar cerca de 250 pessoas em situação de cárcere, amontoam-se, em média, seiscentos ou mais indivíduos, gerando a superlotação e, conseqüentemente, o surgimento de doenças e outros problemas, em meio aos detentos.¹⁸¹

Quando a pena privativa de liberdade é, pois, aplicada de forma genérica a crimes graves e leves, em caráter provisório, ela intensifica o drama carcerário e não contribui na redução da criminalidade, somando-se, ainda, como agravante, a precariedade dos estabelecimentos prisionais no Brasil, que comumente promove a convivência forçada entre presos provisórios e definitivos.¹⁸²

A questão a ser analisada é o fato de que, em se tratando de medida cautelar, há sempre a possibilidade de cinquenta por cento de se acertar e outros cinquenta de errar sobre a definição do autor do fato criminoso, existindo, assim, a possibilidade de se encarcerar a pessoa errada, permitindo que esta aguarde a manifestação em uma penitenciária comum, juntamente com outros presos e em situações insalubres.¹⁸³

¹⁷⁹ COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas; CARVALHO FILHO, Milton Júlio de. Prisões numa abordagem interdisciplinar. Salvador: EDUFBA, 2012.

¹⁸⁰ Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Mutirão carcerário: raio-x do sistema penitenciário brasileiro. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/10/mutirao_carcerario.pdf> Acesso em: 15/06/2021.

¹⁸¹ WOLTMANN, Angelita; SOUTO, Raquel Buzatti. A incompatibilidade da prisão provisória com o sistema prisional brasileiro diante do garantismo penal e da dignidade do acusado. Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, v. 9, n. 12 – Março 2009. p. 39.

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ Ibidem, p. 40.

O fato de se prender para depois investigar já evidencia o autoritarismo estatal, pois, na realidade, com o uso correto da prisão provisória e não o abuso, como ocorre atualmente, o instituto não seria cruel e aflitivo.

Entretanto, no Brasil, a partir do momento que o indivíduo se torna suspeito do cometimento de um delito, por mais insignificante que seja, ele passa a ser marginalizado pela população e, também, pelas autoridades policiais, sendo que nesse contexto a detenção provisória somente reforça o castigo por atos que não se sabe ao certo quem cometeu.¹⁸⁴

O indivíduo suspeito de cometer um delito deve ser investigado e julgado conforme o devido processo legal e demais princípios constitucionais iluminados pelo garantismo penal, de forma que os juristas e demais sujeitos que compõem o sistema jurídico alcancem a percepção da atual situação de injustiça e desumanidade.¹⁸⁵

No Brasil, por consequência, a prisão provisória se torna um elemento a ser profundamente pensado, com seriedade e preocupação, tendo em vista que a realidade do cárcere não indica apenas números, mas todo um contexto de exclusão social, haja vista que essa espécie de prisão, nos moldes que vem sendo aplicada, não cumpre o seu objetivo. Atualmente, ela busca apenas fornecer uma resposta para a parcela da população que se sente desprotegida e confusa com relação a natureza da pena definitiva, o que culmina em uma antecipação de culpa, violando a presunção de inocência presente na Constituição Federal de 1988, e, também, no agravamento da situação carcerária.¹⁸⁶

3.3.2. Os reflexos na vida do acusado

Conforme visto, no primeiro capítulo, o projeto "Presos Provisórios, Danos Permanentes" evidenciou, através de importante pesquisa, um conjunto de danos gerados pela prisão provisória, que consistem em reflexos internos e externos do cárcere, questões que afligem profundamente a dignidade da pessoa humana.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 40.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 41-2.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 43.

Ao ser encarcerada provisoriamente a pessoa vê-se inserida em um processo cruel que, para além da liberdade, o qual deveria ser o único direito a sofrer limitações, viola vários direitos fundamentais provocando, por conseguinte, vários prejuízos.

Nesse contexto, o indivíduo é afastado da sua família, emprego e estudos e, com a restrição da sua liberdade de locomoção, é colocado em uma cela insalubre e em condições desumanas, sendo forçado a conviver com outros presos, inclusive os definitivos, e sob coação do crime organizado, passando a receber a rotulação de "detento" ou "presidiário", mesmo após o processo ou com o reconhecimento de sua inocência, gerando discriminação familiar e social.

Para Bobbio:

(...) o homem tem direitos inatos e adquiridos; e o único direito inato, ou seja, transmitido ao homem pela natureza e não por uma autoridade constituída, é a liberdade, isto é, a independência em face de qualquer constrangimento imposto pela vontade do outro, ou, mais uma vez, a liberdade como autonomia.¹⁸⁷ (Grifo Nosso)

Assim, submeter o sujeito sem pena definida à aflição corporal promovida pela pena carcerária se configura como um adiantamento da condenação podendo implicar em situações irreversíveis para o imputado, por exemplo: a perda da sociabilidade, da identidade e da afetividade, somando-se, ainda, o tratamento dispensado ao acusado pela sociedade.¹⁸⁸

No intento de evitar o tratamento desumano e degradante o legislador inseriu na Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/84 – direitos e garantias fundamentais, de forma que a aplicação destes no sistema carcerário possibilitasse a melhor recuperação possível do imputado para o convívio social, pois, o condenado perde a sua liberdade e não a sua dignidade, devendo o Estado promover o tratamento digno respaldado pela Constituição Federal de 1988.¹⁸⁹

O art. 10 da referida lei prevê que a assistência ao preso e internado é dever do Estado, cujo objetivo é a prevenção de crimes e o retorno do indivíduo ao convívio

¹⁸⁷ BOBBIO, Norberto, 1909 - A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. P. 27.

¹⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão : teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 331.

¹⁸⁹ Direitos Fundamentais do Preso. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/29380/direitos-fundamentais-do-presos>>; Acesso em: 15/06/2021.

social; o art. 11, por sua vez, garante ao apenado o direito de assistência material, médica, jurídica, educacional e social, todos voltados à reabilitação do detento.¹⁹⁰

Cita-se, também, o art. 84 que determina a separação do preso provisório do preso definitivo, condenado por decisão transitada em julgado, enfatizando, ainda, em seus incisos, o modo e os critérios para a referida divisão.

No mesmo sentido, o art. 102, prevê a colocação de presos provisórios em cadeias públicas, havendo a necessidade de pelo menos uma unidade em cada comarca, próxima do centro urbano, para conservação do contato com o meio social e familiar.

Essa necessidade, e direito, de separação entre provisórios e condenados encontra respaldo no art. 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Conforme o texto:

Artigo 5. Direito à integridade pessoal; 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral; 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano; (...) **4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.**¹⁹¹ (Grifo Nosso)

Apesar da previsão legal e do direito internacional, a realidade dos presos provisórios no Brasil é nefasta e contraria as aspirações garantistas, a vida no cárcere possui fatores que prejudicam e impossibilitam o processo de ressocialização. Esses fatores e condições podem ser classificados em: materiais, psicológicos e sociais.¹⁹²

Os fatores materiais dizem respeito as condições que podem promover efeitos prejudiciais à saúde das pessoas em situação de cárcere, pois a precariedade de alojamento e da alimentação facilitam o desenvolvimento de doenças, dentre elas a tuberculose, soma-se, ainda, as más condições de higiene dos locais, baseadas na falta de circulação de ar, na humidade e nos fortes odores das instalações.¹⁹³

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm; Acesso em: 15/06/2021.

¹⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas / Cezar Roberto Bitencourt. - 4. ed. - São Paulo : Saraiva, 2011. P. 165.

¹⁹³ Ibidem, p. 165-6.

Segundo Bitencourt:

(...) Mesmo as prisões mais modernas, onde as instalações estão em nível mais aceitável e onde não se produzem graves prejuízos à saúde dos presos, podem, no entanto, produzir algum dano na condição físico-psíquica do interno já que, muitas vezes, não há distribuição adequada do tempo dedicado ao ócio, ao trabalho, ao lazer e ao exercício físico.¹⁹⁴

Os fatores psicológicos consistem, pois, em um dos principais problemas da reclusão, tendo em vista que a prisão, em sua essência, é um lugar onde se mente e dissimula. Nela o hábito de mentir sofre um automatismo de astúcia e dissimulação, sustentando os delitos penitenciários, os quais, por via de regra, são praticados com artimanhas, cita-se, por exemplo, os furtos e o próprio tráfico de drogas.¹⁹⁵

Conforme Bitencourt:

(...) A prisão, com sua disciplina necessária, mas nem sempre bem empregada, cria uma delinquência capaz de aprofundar no recluso suas tendências criminosas. Sob o ponto de vista social, a vida que se desenvolve em uma instituição total facilita a aparição de uma consciência coletiva que, no caso da prisão, supõe a estruturação definitiva do amadurecimento criminoso. A aprendizagem do crime e a formação de associações delitivas são tristes consequências do ambiente penitenciário.¹⁹⁶

Os fatores sociais, por seu turno, resultam da separação do indivíduo do seu meio social e familiar que, por consequência, ocasiona uma desadaptação profunda dificultando a reinserção social do imputado, principalmente na hipótese de uma pena ou privação superior a dois anos. Nesse contexto, “o isolamento sofrido, bem como a chantagem que poderiam fazer os antigos companheiros de cela, podem ser fatores decisivos na definitiva incorporação ao mundo criminal”.¹⁹⁷

Assim, a situação das pessoas presas no Brasil se torna um fenômeno desumano, onde o encarceramento acaba representando uma punição maior do que a determinada judicialmente, tolhendo não somente a liberdade, mas também os direitos relacionados a educação, saúde, alimentação, privacidade e segurança.

As condições apresentadas não violam apenas a dignidade dos encarcerados, mas, também, impossibilitam a ressocialização, fomentando um perfil violento.

Em razão disso, a vida do ser humano que é submetido ao encarceramento, seja provisório ou definitivo, é impactada de diversas formas, tornando a prisão a maior

¹⁹⁴ Ibidem, p. 166.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 166.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 166.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 166.

humilhação que o processo penal pode submeter o indivíduo, resultando em violações sistemáticas que desafiam o jurista a fazer uma releitura das técnicas judiciais face a necessidade de se resguardar direitos e garantias fundamentais.

CONCLUSÃO

As prisões cautelares são medidas decretadas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, cujo objetivo é a proteção do resultado útil do processo, assim como do procedimento investigatório, de modo que se evite a alteração de fatos e provas, sendo admitidas inclusive, em determinadas circunstâncias, a partir do risco na liberdade do acusado, pois esse poderia embaraçar o processo destruindo provas, ameaçando testemunhas, se ocultando, ou, ainda, praticando mais crimes.

Em se tratando de medidas cautelares de natureza pessoal, em virtude da ausência de sentença condenatória, princípios como o da presunção de inocência e do devido processo legal, que encontram respaldo constitucional, deveriam ser as vigas mestras balizadoras do processo penal, incluso os procedimentos cautelares.

Isso porque em um Estado Democrático de Direito a liberdade do indivíduo é o fundamento do processo penal, uma vez que esse surge como complemento dos direitos e garantias fundamentais, delimitando os limites da atuação estatal no exercício e cumprimento do seu dever na prestação jurisdicional.

A prisão cautelar deveria então ser tratada como última medida a ser utilizada para garantir o desenvolvimento das investigações e da tramitação do processo.

Entretanto, os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) e do Monitor da Violência demonstram que as prisões cautelares, com destaque para a prisão preventiva, tem gerado uma superlotação no sistema carcerário, pois o número de detenções provisórias, mesmo durante a pandemia da Covid-19, não é proporcional ao quantitativo de vagas disponíveis, resultando em situações degradantes e desumanas que violam os direitos dos encarcerados.

Surge, por consequência, dois graves problemas: os reflexos da detenção provisória no sistema carcerário e na vida do acusado, enquanto pessoa humana. Do ponto de vista da teoria garantista, com base nas lições de Luigi Ferrajoli, esse contexto configura uma punição antecipada, por mais razoáveis que sejam as razões decisivas da medida cautelar ela estará promovendo violações e danos irreparáveis à imagem e dignidade da pessoa, além de promover uma série de implicações no estado social, familiar e econômico do indivíduo que ocupa o lado passivo da medida.

Frente a essa problemática que envolve as prisões cautelares, o legislador aproveitou a reforma promovida pelo Projeto de Lei nº 882/19, que resultou na Lei nº 13.964/19 – Pacote Anticrime, para alterar as regras relacionadas às medidas cautelares de natureza pessoal com vistas à racionalização das medidas.

Surge assim a Lei nº 13.964/19 que, dentre suas várias alterações e inovações, reformulou e acrescentou novas regras capazes de alterar o atual paradigma cautelar.

O estudo procurou então analisar as alterações do Pacote Anticrime a partir do contexto carcerário que, por sua vez, expõe uma realidade ignorada pela sociedade, e, também, das críticas e visão garantista sobre a prisão preventiva, todos como meios de reflexão sobre a importância da reforma no regramento cautelar.

Primeiramente, partiu-se da apresentação e conceituação das prisões cautelares, detalhando as regras e pressupostos da prisão preventiva, e, também, dos dados do sistema carcerário que evidenciam os excessos da segregação cautelar, tudo em desconformidade com a legislação e a Constituição Federal de 1988.

Logo depois, foram analisadas as alterações da Lei nº 13.964/19, com o fim de compreender a necessidade e profundidade da referida reforma, inclusive seu papel frente aos problemas produzidos pelas segregações cautelares.

Por fim, analisou-se a prisão preventiva com aporte na teoria garantista, com ênfase na crítica de Luigi Ferrajoli, e seus reflexos na vida do imputado e no sistema brasileiro, como meio de reflexão sobre a necessidade da sobredita reforma.

Nesse contexto, os resultados alcançados pela pesquisa confirmam a hipótese inicialmente formulada, permitindo concluir que o novo paradigma das prisões cautelares, criado pelo Pacote Anticrime, se adequa aos pressupostos constitucionais, na medida que combate o vício na adoção exacerbada de prisões preventivas no processo penal brasileiro, resguardando, ainda, as garantias fundamentais dos acusados e investigados, pois exige a reavaliação periódica da necessidade de manutenção da medida. A prisão preventiva agora se torna uma medida mais racional, e menos inquisitiva, contribuindo para o avanço e aperfeiçoamento do ordenamento e das técnicas processuais.

REFERÊNCIAS

- ASSUMPÇÃO, Vinícius. Pacote anticrime : comentários à Lei n. 13.964/2019 / Vinícius Assumpção. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas / Cezar Roberto Bitencourt. - 4. ed. - São Paulo : Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto, 1909 - A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689/41. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.
- CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo. Aplicação da pena e garantismo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
- CASARA, Rubens R. R. Juiz das Garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CNJ engaja Poder Judiciário no enfrentamento à crise prisional.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-engaja-poder-judiciario-no-enfrentamento-a-crise-prisional/>.
- Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, Brasil se mantém na 26ª posição em ranking dos países que mais prendem no mundo;** Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas américas: introdução e recomendações. Tradução Realizada pela Rede Justiça Criminal. Madrid, Espanha, 2013.
- COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas; CARVALHO FILHO, Milton Júlio de. Prisões numa abordagem interdisciplinar. Salvador: EDUFBA, 2012.
- Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Mutirão carcerário: raio-x do sistema penitenciário brasileiro. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/10/mutirao_carcerario.pdf.
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm.
- CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP / Rogério Sanches Cunha – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- Direitos Fundamentais do Preso. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/29380/direitos-fundamentais-do-presos>.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão : teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Editora Juspodvm, 2010.
- Infopen – Painel Interativo dezembro/2019; Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>.

LEBRE, Marcelo. Pacote Anticrime: anotações sobre os impactos penais e processuais. Curitiba: Editora Aprovare, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal / Renato Brasileiro de Lima. – Niterói, RJ: Impetus, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva. Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva. Educação, 2012.

METZKER, David. Lei Anticrime (Lei 13.964/2019): Comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento / David Metzker. – Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal / Eugênio Pacelli. – 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

Presos Provisórios, Danos Permanentes – por que isso é um problema?

Disponível em: <http://danospermanentes.org/porque.html>.

População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia; Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal / Paulo Rangel – 15ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Comentários ao pacote anticrime / Marcos Paulo Dutra Santos – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

Superlotação em presídios chega a 31,7% no Maranhão; Disponível em: <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2019/04/26/superlotacao-em-presidios-chega-a-317percent-no-maranhao.ghtml>.

Superlotação cai 62% no Maranhão, aponta levantamento do G1; Disponível em: <https://imirante.com/oestadoma/noticias/2021/05/17/superlotacao-cai-62-em-contrapartida-numero-de-provisorios-aumenta-11-5-no-ma-aponta-levantamento-do-g1/>.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, volume I / Fernando da Costa Tourinho Filho. – 34 ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011 – São Paulo : Saraiva, 2012.

TORRES, Eli Narciso. Prisão, educação e remição de pena no Brasil: a institucionalização da política para a educação de pessoas privadas de liberdade/ Eli Narciso Torres – 1. ed. - Jundiaí [SP]: Paco Editorial, 2019.

WOLTMANN, Angelita; SOUTO, Raquel Buzatti. A incompatibilidade da prisão provisória com o sistema prisional brasileiro diante do garantismo penal e da dignidade do acusado. Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, v. 9, n. 12 – Março 2009.