

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

BARBARA CEZAR ERESCOV DE SALES

**A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO PELO JUIZ
À LUZ DA LEI Nº 13.964/2019**

São Paulo

2022

BARBARA CEZAR ERESCOV DE SALES

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para
obtenção do título de Bacharel no Curso
de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

ORIENTADOR: MARCELO LUIZ BARONE

São Paulo
2022

BARBARA CEZAR ERESCOV DE SALES

A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO PELO JUIZ
À LUZ DA LEI Nº 13.964/2019

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para
obtenção do título de Bacharel no Curso
de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA:

Examinador: Prof. Dr. Marcelo Luiz Barone (Orientador)

Examinador:

Examinador:

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Isabel Cezar, que me apoia em todos os desafios enfrentados, que me mostra todos os dias o significado de amor e cuidado.

Ao meu pai, Paulo Sérgio, que sonhou comigo e me deu tamanha força para que eu ingressasse na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

À minha irmã, Camila Cezar, que torce por mim e acredita na minha capacidade sempre.

Aos meus amigos que enfrentaram essa jornada comigo até aqui e a todos aquele que direta ou indiretamente são significativos em minha vida.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a atuação de ofício pelo juiz na decretação da prisão preventiva e entender as consequências das alterações conferidas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) sobre o referido tema. De forma primária, busca-se examinar o contexto histórico da medida cautelar no Brasil e o trajeto que leva a sua decretação, ademais pretende-se analisar alguns dos princípios que levam ao questionamento sobre a legalidade da decretação da prisão preventiva e por fim, verificar o atual posicionamento jurisprudencial sobre o tema. É importante ressaltar que a Lei 13.964/2019 trouxe novos contornos à prisão preventiva e como em qualquer alteração legislativa recente, inúmeros são os questionamentos ainda existentes. Para elaboração dessa pesquisa foi utilizada a doutrina relacionada ao tema, a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como do entendimento do Ministério Público Federal. Sobre os resultados da pesquisa, é possível dizer que as alterações trazidas pela Lei do Pacote Anticrime ainda causam certas dúvidas aos estudiosos e aos operadores do direito de uma forma geral, o que reflete na aplicação da lei ao caso concreto e demonstra que um entendimento consolidado sobre o tema só será possível com o passar do tempo.

PALAVRAS-CHAVE: Pacote Anticrime. Prisão Preventiva. Atuação de ofício pelo juiz.

ABSTRACT

The presente study aims to analyze the ex officio action by the judge in the decree of preventive detention and to understand the consequences of the changes conferred by Law 13.964/2019 (Anti-Crime Package) on the aforementioned topic. In a primary way, it seeks to examine the historical context of the precautionary measure in Brazil and the path that leads to its enactment, in addition, it intends to analyze some of the principles that lead to the questioning of the legality of the enactment of preventive detention and, finally, to verify the current jurisprudential position on the subject. It is important to note that Law 13.964/2019 brought new contours to preventive detention and, as with any recent legislative change, there are numerous questions that still exist. For the elaboration of this research, the doctrine related to the subject was used, the jurisprudence of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, as well as the understanding of the Federal Public Ministry. Regarding the research results, it is possible to say that the changes brought by the Anti-Crime Package Law still cause certain doubts to scholars and legal practitioners in general, which reflects on the application of the law to the specific case and demonstrates that a consolidated understanding on the topic will only be possible with the passage of time.

KEYWORDS: Anti-Crime Package. Preventive Detention. Ex officio action by the judge.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL	9
1.1. Breve apontamento histórico	9
1.2. A Prisão Preventiva no Estado Democrático de Direito	13
DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	17
1.3. A Motivação Judicial na Decretação da Prisão Preventiva	17
1.4. Principais Hipóteses da Decretação da Prisão Preventiva	22
1.4.1. Descumprimento da Medida Cautelar	22
1.4.2. Principais Hipóteses da Decretação da Prisão Preventiva	24
2. ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO TEMA	25
2.1. O Princípio da Prevenção de Inocência e a Legalidade da Prisão Preventiva	25
2.2. O Princípio da Parcialidade do Juiz e a Decretação da Prisão Preventiva de Ofício	30
3. A REFORMA E O PACOTE ANTICRIME	36
3.1. O Entendimento Acerca da Lei 13.964/2019	36
3.2. A posição dos Tribunais Superiores e a influência das Decisões Judiciais na Construção de um Entendimento	40
3.2.1. Habeas Corpus nº 14225/RO Superior Tribunal de Justiça	40
3.2.2. Habeas Corpus nº 188.888/MG Superior Tribunal Federal	42
3.2.3. Habeas Corpus nº 583.995/MG Superior Tribunal de Justiça	42
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

Representando um dos grandes pilares do Direito penal e do Direito processual penal brasileiro, todos os tipos de sanções criminais impostas pela lei devem obrigatoriamente observar diversos aspectos que compõem a sua legalidade, como o respeito às garantias e direitos fundamentais, a observância de princípios, como o princípio da anterioridade e princípio da reserva legal e o cumprimento de regras de motivação e proporcionalidade. Ou seja, uma atuação estatal só é legítima quando há restrita análise das regras que lidam sobre essas matérias.

Nesse sentido, a prisão preventiva é prevista no Código Processual Penal pátrio como um tipo de sanção cautelar e excepcional, que deve ser utilizada pelo magistrado apenas em último caso, uma vez que não sejam suficientes quaisquer outras medidas cautelares alternativas à segregação.

No ano de 2019, houve a inclusão ao ordenamento jurídico brasileiro da Lei nº 13.964, popularmente conhecida como "Pacote Anticrime", que, dentre diversas outras alterações legais, promoveu inovação sobre a qual se pretende analisar: modificou a redação do art. 311 do CPP, eliminando a possibilidade de decretação de ofício (ou seja, deve ser cumprido independentemente de pedido ou iniciativa da parte interessada) de prisão preventiva pelo magistrado.

Sendo assim, levando em consideração que o limite entre a liberdade, os direitos fundamentais e a presunção de inocência é de tamanha complexibilidade, o presente estudo pretende analisar o contexto da prisão preventiva no Brasil, entender o trajeto para a decretação da prisão preventiva, analisar os princípios relacionados ao tema e por fim, averiguar a reforma decorrente do Pacote Anticrime e o entendimento atual dos tribunais superiores.

Por fim, de forma objetiva, o propósito do presente estudo é analisar a legalidade quanto à possibilidade da alteração do artigo 311, do Código de Processo Penal, e a consequente fixação de determinados requisitos para a decretação da prisão preventiva e, é claro, verificar o atual entendimento jurisprudencial sobre o tema.

1 A PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

1.1 Breve apontamento histórico

A análise da evolução histórica da prisão preventiva no Brasil é de suma relevância para a compreensão do poder punitivo no atual âmbito jurídico do país pois, enquanto instituto jurídico-penal de constrição de liberdade, este sofreu diversas alterações ao longo da história, tendo, assim, suas especificidades próprias em cada sociedade econômica analisada.

Dessa forma, partindo-se do princípio de que as leis constituídas pelo Estado são materializadas de acordo com a ideologia social dominante, é imprescindível considerar as origens e influências sofridas durante a construção desse sistema.

A doutrina aponta como marco inicial da prisão preventiva na legislação brasileira o Decreto de 23 de maio de 1821 editado pelo então Príncipe Regente Dom Pedro, que entendia que a segurança pública nacional na época não era zelada de forma eficiente e que inúmeros abusos das autoridades judiciais e políticas ocorriam quanto às determinações relativas à prisão preventiva.

Dessa forma, visando evitar a arbitrariedade e a desumanidade das prisões, tal decreto determinava novas regras acerca do aprisionamento e, acordava-se que:

(...) por este Decreto Ordeno, que desde a sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brazil possa jamais ser presa sem ordem por escripto do Juiz, ou Magistrado Criminal do territorio, excepto sómente o caso de flagrante delicto, em que qualquer do povo deve prender o delinquente.

Ordeno em segundo logar, que nenhum Juiz ou Magistrado Criminal possa expedir ordem de prisão sem preceder culpa formada por inquirição summaria de tres testemunhas, duas das quaes jurem contestes assim o facto, que em Lei expressa seja declarado culposo, como a designação individual do culpado; escrevendo sempre sentença interlocutória que o obrigue a prisão e livramento, a qual se guardará em segredo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinquente. (BRASIL, 1821)

Após a Proclamação da Independência em 1822, houve a promulgação da Constituição do Império em 1824, que em seu artigo 179 determinava a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, tendo por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. O inciso VIII do mesmo artigo também reiterou o disposto no decreto de Dom Pedro I, acima citado, estabelecendo que ninguém poderia ser preso sem culpa formada, exceto nos casos dispostos pela Lei (BRASIL, 1824).

Assim, já nesta época, ninguém poderia ser preso “sem culpa formada”, e, caso assim acontecesse, ninguém poderia ser conduzido à prisão, ou nela ser conservado, se prestasse fiança idônea, nos casos permitidos por lei. Ademais, a Constituição do Império em 1824 ainda previa a concessão de liberdade sem fiança se o crime não fosse punido com pena superior a 6 (seis) meses.

Passando para o ano de 1832, a Lei de 29 de novembro estabeleceu o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, que alterou grandemente a sistemática do procedimento penal então vigente. Seu texto foi considerado extremamente liberal, uma vez que ampliou os direitos civis e políticos, com a valorização do cargo de juiz de paz e a participação dos cidadãos no Poder Judiciário por meio da instituição dos jurados.

Posteriormente, a partir da reforma de 1841, com o advento da Lei 26/1841, os chefes de polícia tomaram protagonismo e tornaram-se autoridade de justiça e de polícia, substituindo o juiz de paz. Dessa forma, os chefes e seus delegados poderiam investigar, expedir mandados de prisão, estipular fianças e até julgar casos menores.

Ou seja, em 1841, a reforma do Código de Processo Criminal ocorreu na conjuntura política denominada “reação conservadora”, tendo como objetivo rever a ordem jurídica extremamente liberal instituída no período da Regência, com a implantação daquilo que veio a ser conhecido como “policialismo judiciário”, que era a instituição de uma polícia que acumulava as funções de prender, investigar, acusar e pronunciar os acusados de cometerem crimes de menor potencial ofensivo ao Estado.

Já em 1941, sob inspiração do modelo italiano da década de 30, a redação brasileira trouxe bases extremamente autoritárias e fascistas, que inicialmente previa a prisão preventiva obrigatória, em seu artigo 312, que era aplicada aos acusados de crimes cuja pena fosse de reclusão igual ou superior a dez anos. Desta forma, para que o encarceramento provisório fosse decretado, não era necessário nenhum outro requisito. O interrogatório do réu, por exemplo, era realizado como meio de prova e não como meio de defesa.

A exposição de motivos do código de Processo Penal de 1941 apresentou a prisão como um instrumento de interesse da administração pública, demonstrando a forte influência que sofreu do período fascista em que foi elaborado. As medidas de prisão foram agravadas, principalmente na modalidade preventiva, afirmando em sua exposição de motivos que estas passavam a ser “definidas com maior latitude do que na legislação em vigor”, uma vez que “o

interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos (...)”.

Ou seja, a prisão preventiva teve a sua admissibilidade ampliada e poderia ser decretada em várias situações. O formalismo das prisões foi diminuído e conseqüentemente os casos em que a prisão preventiva era admitida só aumentou.

Nesse diploma legal, foi instituída a prisão preventiva obrigatória, que era aplicada aos acusados de crimes cuja pena fosse de reclusão igual ou superior a dez anos. Desta forma, para que o encarceramento provisório fosse decretado, não era necessário nenhum outro requisito.

Faz-se importante ressaltar que os dispositivos legais desta época estavam preocupadas em conter os movimentos sociais e políticos contrários ao novo Governo, que se demonstrava claramente autoritarista. Nesse sentido, Pimentel (2010) afirma que:

[...] a política criminal do Estado Novo passou a assentar em dois pilares: na prisão preventiva e nas medidas de segurança. Além de poder propor a aplicação e prorrogação de uma medida segurança de internamento, após o cumprimento da pena a que os tribunais condenavam os detidos políticos, o diretor da PIDE tinha ainda competência para aplicar provisoriamente uma medida de segurança, durante o período de instrução do processo, antes de o preso ser julgado.

Assim, a legislação da época representava um ataque aos movimentos oposicionistas e visavam legalizar a detenção por tempo indeterminado e sem pena.

A prisão preventiva obrigatória manteve-se até o ano de 1967.

Com o advento do Código de 1941, houve um significativo avanço e, para compensar, um injustificável retrocesso [...]. Avanço, porque se passou a exigir – ao menos no texto legal – que a prisão preventiva do indiciado ou acusado fosse precedida de análise quanto a sua necessidade, por critérios que, a despeito de nem sempre precisos, conferiram maior objetividade a tal decisão. Retrocesso, porque se introduziu a regra inexorável da prisão obrigatória para crimes punidos com pena máxima igual ou superior a 10 anos de reclusão. (CRUZ, 2006, p. 43).

Após a Segunda Guerra Mundial, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada pela Organização das Nações Unidas e reafirmou a obrigação dos Estados de adotarem o princípio de presunção de inocência como regra geral e assegurarem os direitos e garantias do acusado, ressaltando ainda mais o caráter de excepcionalidade das medidas cautelares. *In verbis*:

Artigo 11. 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de

acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Somente após 26 anos, com a Lei 5.349, de 3 de novembro de 1967, a redação original dos artigos 312 e 313 foi alterada, extinguindo-se a hipótese de prisão preventiva obrigatória, conforme pode ser observado a seguir:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Art. 313. A prisão preventiva poderá ser decretada:

I – nos crimes inafiançáveis;

II – nos crimes afiançáveis, quando se apurar no processo que o indiciado é vadio ou quando, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou indicar elementos suficientes para esclarecê-la;

III – nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado.

Já em 1977, a Lei 6.416 trouxe significativa alteração e grande impacto em todo o sistema normativo, ao inserir um parágrafo único ao artigo 310 do Código de Processo Penal, que assim passou a vigorar:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

Ou seja, é possível dizer que as alterações de 1977 estabeleceram uma importante mudança no sistema normativo da prisão preventiva, que então passou para um sistema de tutela cautelar.

Isso porque (I) se deixou a tradição do direito brasileiro que autorizava a prisão preventiva em qualquer crime inafiançável, contando com este único requisito, ainda mais porque não havia parâmetros de cautelaridade disciplinados; e (II) desvinculou a impossibilidade da concessão da fiança de qualquer presunção de necessidade de prisão, ou seja, a partir de então a manutenção da prisão prescindiria da presença de todos os elementos

da prisão preventiva (em especial, aqueles referentes à cautelaridade), sob pena da concessão da liberdade provisória.

Houve, então, uma revolução do paradigma interpretativo.

E, finalmente, pela Lei 11.340/2006, autorizou-se a prisão preventiva, independentemente de se tratar de crime apenado com detenção, nas hipóteses que envolverem “violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”, inserindo-se, então, o inciso IV ao artigo 312 do CPP.

Hoje, os elementos de cautelaridade da prisão preventiva é que ocupam, acertadamente, a ordem do dia, especialmente aqueles referentes à ordem pública, à ordem econômica e à magnitude da lesão causada, cujos bens jurídicos tutelados dificultam, sobremaneira, a análise sobre suas naturezas cautelares.

Ou seja, a partir de significativas mudanças no sistema penal e processual penal pátrio, é possível perceber que hoje os elementos de cautelaridade da prisão preventiva é que ocupam o espaço principal na tomada de decisão.

1.2 A Prisão Preventiva No Estado Democrático De Direito

As regras do Estado Democrático de Direito garantem os direitos fundamentais dos cidadãos e estabelecem, entre outras coisas, inúmeros critérios que devem ser observados na tomada de decisão pelo poder judiciário e que, por fim, legitimarão ou não o poder.

Nesse sentido, pretende-se, neste capítulo, situar a função da prisão preventiva no Estado Democrático de Direito preconizado pela Constituição de 1988, abordando as reformas legislativas tidas pelas Leis nº 12.403/2011 e nº 13.964/2019, que redefiniram essa modalidade de medida cautelar perante o ordenamento jurídico.

De forma primária, é necessário estabelecer que o processo penal é o instrumento através do qual o direito penal é realizado. Sua existência torna viável a aplicação da pena para aqueles que praticaram atos delitivos, limita a atividade estatal, no sentido de evitar abusos de poder, além de servir de instrumento efetivo de garantia dos direitos e liberdades individuais.

Antes de servir para a aplicação da pena, o processo serve ao Direito Penal e a pena não é a única função do Direito Penal. Tão importante quanto a pena é

a função de proteção do indivíduo em relação ao Direito Penal, por meio do princípio da reserva legal, da própria essência do tipo penal e da complexa teoria da tipicidade. O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar a sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena e, de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir a plena efetividade dos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção da inocência, contraditório, defesa, etc. (LOPES JR., 2005, p.37).

Segundo Kato (2005), é necessário considerar que em sociedades permeadas por muitos conflitos, aonde as normas que foram ideologicamente concebidas são imperativas, o processo penal serve principalmente como instrumento para a remoção de conflitos de interesse. Para tanto, o Estado assume a função jurisdicional.

No contexto do Estado Democrático de Direito designado pela Constituição de 1988, o direito criminal deve ser concebido e interpretado como um “instrumento de controle social limitado e legitimado por meio do consenso alcançado entre os cidadãos de uma determinada sociedade” (Bitencourt, 2012, p. 21).

Nessa concepção, o exercício do *ius puniendi* estatal deve estar subordinado ao aparato legislativo, que por sua vez é construído pelos representantes democraticamente eleitos do povo. Assim, o direito penal insere-se legitimamente na conjuntura social com a razão de defender os interesses coletivos, consolidados na figura dos bens jurídicos fundamentais.

Considerando a potencialidade do dano causado pela persecução criminal, faz-se imperativo ressaltar que o direito penal assume função subsidiária no sistema normativo, devendo ser utilizado somente em última hipótese. Isto é, havendo outros mecanismos que não as medidas processuais penais para resolução do caso, esses devem ser aplicados, reservando a aplicação do direito penal para quando as demais formas de proteção do bem jurídico falharem.

Por isso, afirma-se que o poder penal, no contexto moderno, representa a *ultima ratio* no sistema de proteção de bens e interesses. Ainda assim, nos casos em que for necessário o exercício do poder punitivo estatal, deve-se optar sempre que possível por mecanismos penais mais brandos, tais quais as penas restritivas de direitos ou medidas alternativas diversas da prisão (Silva Júnior, 2021).

Essa mesma lógica se aplica ao sistema cautelar: se inicialmente as únicas medidas cautelares previstas no ordenamento brasileiro eram aquelas de restrição de liberdade, em 2011, com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, o Poder Judicial passou a dispor de uma série

de medidas mais brandas, tais como o comparecimento periódico a juízo ou a proibição de acesso à determinados lugares (BRASIL, 2011). Atualmente, tem-se que as medidas cautelares são instrumentos jurídicos utilizados para garantir o desenvolvimento do processo, isto é, a plena eficácia e consolidação do *ius puniendi* estatal (LOPES JÚNIOR, 2017).

Além da Lei nº 12.403/2011 e da própria CF/88, que alterou significativamente a lógica do sistema processual pátrio, o método de medidas cautelares passou novamente por reformas com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, responsável por reformular dispositivos referentes à decretação e manutenção das medidas cautelares, com enfoque na prisão preventiva.

De acordo com as determinações do §3º do art. 282, incorporado pela Lei nº 13.964/2019, nos casos em que não for constatada a urgência ou o perigo de ineficácia da medida cautelar, o juiz deverá intimar a parte contrária para apresentar sua defesa num prazo de 5 (cinco) dias (BRASIL, 2019). Tal modificação é, inquestionavelmente, a favor do réu, especialmente quando considerado que, no texto anterior do dispositivo, sequer havia menção quanto à possibilidade de defesa do acusado ao requerimento.

Conforme indicado por Silva Júnior (2021), ambas as legislações foram de vital relevância para a readequação desses instrumentos processuais ao Estado Democrático de Direito, especialmente quando considerado o contexto histórico no qual o Código de Processo Penal de 1941 foi outorgado.

Dessa forma, é possível dizer que a prisão preventiva e suas características atuais existem diretamente em consequência dos princípios do estado democrático de direito. Sem essas modificações, ainda estaríamos inseridos numa teoria extremamente autoritária.

No sistema constitucional positivo brasileiro, as noções de Estado de Direito, direitos fundamentais, princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos de igualdade liberdade e justiça, constituem condições de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e, por consequência, de todas as decisões tomadas por ele.

Apesar de a prisão preventiva ser, efetivamente, uma antecipação da mais danosa sanção prevista em nosso ordenamento jurídico, o encarceramento, sem que sequer haja culpa formada, para fins doutrinários, tanto a prisão processual quanto as demais medidas de segurança não podem ser qualificadas como penalidades, mas sim mecanismos jurídicos

utilizados de maneira excepcional para proteger os interesses da sociedade (Lopes Junior, 2017).

Com o intuito de reforçar essa ideia, o ministro Celso de Mello dispôs o seguinte em um voto acerca do tema da prisão preventiva (HC nº 188.888, 2ª Turma):

É preciso salientar, por oportuno, que a privação cautelar da liberdade individual é sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, razão pela qual, via de regra, incumbe aos órgãos de persecução penal do Estado demonstrar, de forma inequívoca, a presença dos requisitos abstratos — juridicamente definidos em sede legal — autorizadores da decretação da prisão cautelar, eis que — tal como advertem eminentes (...) — jamais se presume a existência, em qualquer caso, independentemente da gravidade em abstrato do crime, dos pressupostos e dos fundamentos a que se refere o artigo 312 do Código de Processo Penal, que — insista-se — têm de ser adequados e motivadamente comprovados pelo Estado em cada situação ocorrente. (...) Essa é a razão básica que me permite insistir na afirmação de que a persecução penal — cuja instauração é justificada pela prática de ato supostamente criminoso — não se projeta nem se exterioriza como manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável, a *persecutio criminis* sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade, nesse contexto, representa insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado, mesmo porque — ninguém o ignora — o processo penal qualifica-se como instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais daquele que é submetido, por iniciativa do Estado, a atos de persecução penal, cuja prática somente se legitima dentro de um círculo intransponível e predeterminado pelas restrições fixadas pela própria Constituição da República, tal como tem entendido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (BRASIL. STF 2. Turma; HC 188888 MG 0098645-73.2020.1.00.0000, Relator: Celso de Mello, Data de Julgamento: 06/10/2020, Data de Publicação: 15/12/2020).

Disto, tem-se que a prisão preventiva não pode ser decretada com intuito de antecipação da tutela, pois, se assim fosse, não se observaria a sistemática processual acusatória do Estado Democrático de Direito, que tem, dentre seus principais sustentáculos, a primazia dos direitos à liberdade, à ampla defesa e ao contraditório.

Nesse sentido, vale salientar que inicialmente o Código previa que a determinação da prisão preventiva poderia ser tomada por iniciativa própria do magistério ou até mesmo pelas autoridades policiais, sem que houvesse qualquer possibilidade de análise da requisição, ou seja, uma vez decretada, a prisão era executada. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e das reformas penais decorrentes, essas feições inquisitoriais foram suavizadas.

Dessa forma, a ascensão do sistema acusatório foi essencial para a adequação da sistemática das medidas cautelares ao Estado Democrático de Direito, uma vez que

proporcionou ao magistério uma condição de maior equidistância entre as partes e garantiu direitos importantes ao réu.

Percebe-se, então, o porquê da mera legalidade da prisão preventiva, numa conjuntura democrática e garantista, ser uma temática tão controvertida e que precisa ser analisada constantemente.

A adequação de princípios constitucionais às normas infraconstitucionais de aplicação da prisão cautelar pode, à primeira vista, causar uma certa confusão, entretanto, conforme explica Alexy (1993, p. 87), os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”, isto é, a observância do princípio deve ser contextualizada com a situação fática e com a conjuntura jurídica.

Dessa forma, ao passo que a aplicação de um princípio pode se dar em maior ou menor grau, as regras, que fazem determinações expressas, só podem ser cumpridas ou descumpridas. Destarte, considerada a necessidade de garantir o desenvolvimento do processo e a efetivação do poder de punir, compreende-se a necessidade de flexibilização dos princípios em razão da aplicação e cumprimento das medidas cautelares.

2 DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

2.1 A Motivação Judicial Na Decretação Da Prisão Preventiva

A Constituição Federal de 1988 preceitua em seu art. 93, IX, a essencialidade da fundamentação da sentença proferida pelo juiz com o objetivo de proteger as partes envolvidas no processo. Sendo assim, é imprescindível discutir a motivação das decisões judiciais, sob a ótica do Código de Processo Civil Brasileiro e do Pacote Anticrime, essencialmente no âmbito da prisão preventiva, para que assim possa se estabelecer a sua legalidade.

Com o advento da Lei n. 13.964/2019 houve a inclusão, no Código de Processo Penal, de parâmetros específicos para a decretação da prisão preventiva, isso porque, conforme será analisado a seguir, está só poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Ademais, as novas regras dispõem expressamente que a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

De forma específica, para a decretação da prisão preventiva será indispensável a identificação de um dos motivos descritos na parte inicial do art. 312 do CPP, a saber: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da Lei Penal.

Quanto à garantia da ordem pública, verifica-se tratar-se de “necessidade de preservação da boa convivência social” (Lima, 2005, p. 260). Ainda, para Antonio Scarance Fernandes (2005, p. 316), “a necessidade da prisão por garantia da ordem pública revela-se, essencialmente, nos casos em que o acusado vem reiterando a ofensa à ordem constituída”. No mesmo sentido leciona Fernando Capez (2007, p. 268), ao indicar que nessa hipótese a prisão cautelar “é decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, ou de acautelar o meio social”.

No entanto, é importante ressaltar que o significado de “garantia da ordem pública” não é pacífico na doutrina e jurisprudência. Para alguns doutrinadores, a gravidade do delito cometido poderia servir como motivo para a decretação da preventiva, todavia, para outros, tal circunstância não autoriza a decretação de tal medida.

O segundo fundamento previsto no art. 312 do CPP, a garantia da ordem econômica, é enfatizado como “uma redundância, uma vez que atingida a ordem econômica, também estará atingida a ordem pública” (Lima, 2005, p. 261). Para Djalma de Carvalho (2007, p. 187), tal fundamento se perfectibiliza em delitos específicos, onde há o risco de perdas econômicas generalizadas, como, por exemplo, nas Leis nº. 1.521/51 (crimes contra a economia popular), 7.492/86 (crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), 8.038/90 (crimes contra os consumidores), 8.137/90 (crimes contra a Ordem Tributária), dentre outras.

Quanto ao fundamento da conveniência da instrução criminal, diferentemente das prisões cautelares fundamentadas pelos riscos às ordens pública e econômica, o encarceramento por conveniência da instrução criminal possui caráter eminentemente instrumental, pois visa a tão somente o bom andamento do processo. Percebe-se, então, que a prisão preventiva motivada pela conveniência da instrução criminal possui como característica peculiar a sua instrumentalidade; consiste em um meio para assegurar a eficácia da futura prolação decisória.

Dessa forma, o *periculum libertatis* estaria configurado quando a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do feito estiverem em risco, em virtude de ameaças ou constrangimentos às testemunhas, vítimas e peritos, bem como em caso de destruição ou alteração do local do crime (LOPES JR., 2011. p. 109). Todas essas atitudes, portanto, no intuito “de afastar o julgador da reconstrução verídica dos fatos apurados” (MINAGÉ, 2011. p. 85).

Isto posto, conforme a doutrina preceitua, ao fundamentar uma decisão existe a exposição das razões de convencimento e a indicação de todos os fatores que influenciaram o entendimento do julgador, de maneira a garantir a parcialidade e o caráter subjetivo da atividade jurisdicional. Desse modo, o juiz, ao decretar a prisão preventiva, deverá fazê-lo de modo motivado e fundamentado, do contrário, descumprir-se-ão os dispositivos supramencionados e a decisão se tornará nula.

É imprescindível dizer que a prisão preventiva pressupõe o trajeto democrático de motivação, devendo a liberdade ser considerada como premissa maior nas decisões judiciais em face da presunção de inocência. Entretanto, é possível que em alguns casos a prisão preventiva seja realmente necessária (exceção à regra), quando os operados do direito deverão amparar-se na análise do cabimento dos requisitos da custódia cautelar, no tocante ao *fumus comissi delicti*, juntamente com o art. 282 do CPP (necessidade, adequação e proporcionalidade), bem como avaliando o *periculum libertatis* ao cenário real do caso.

Assim, a determinação legal trazida pela Lei Anticrime visa dar mais relevância à qualidade da fundamentação para a decretação da referida medida cautelar. Nesse ponto, o dispositivo busca estabelecer um alto nível de legalidade de qualquer decisão judicial, enaltecendo um conjunto de exigências entre os incisos I ao VI do art. 315, § 2º, do CPP, enfrentando, em sua redação, as intercorrências que deverão conduzir a ausência de fundamentação.

Assim sendo, não será considerada fundamentada a decisão que tão somente **(i)** indicar ou reproduz texto de lei, sem, contudo, estabelecer o nexu causal; **(ii)** empregar conceitos jurídicos indeterminados; **(iii)** indicar motivos genéricos; **(iv)** não enfrentar todos os argumentos levados pelas partes; **(v)** invocar precedentes ou súmulas a esmo; ou **(vi)** ignorar súmula, jurisprudência ou precedente invocados pelas partes.

Nessa linha de raciocínio, devem os órgãos de revisão declarar a nulidade de decretos prisionais carentes de obediência ao comando legal, tendo em vista não ser incomum, na prática, a verificação de decisões genéricas e imprecisas, sustentadas em meras conjecturas, apoiadas

na suposta gravidade abstrata do delito, o que, salvo melhor juízo, faz parte do preceito primário do crime.

Além disso, algumas dessas decisões sucumbem à amplitude das forças exteriores, tais como a comoção social, a garantia da credibilidade da Justiça e a pressão da mídia.

Destaca-se ainda que a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar diversa da prisão, observado o art. 319 do CPP, o que deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto e de forma individualizada (art. 282, § 6º, do CPP). A propósito, cabe reforçar que carece de fundamentação válida a imposição de medidas cautelares diversas da prisão sem nenhum dado significativo de cautelaridade.

É imprescindível, por conseguinte, na decisão, a abordagem do cabimento ou não das medidas cautelares diversas da prisão, sob pena de esta ser nula, em razão da claríssima omissão de pressuposto alternativo à prisão.

Por tudo isso, o descumprimento dos dispositivos mencionados afronta diretamente os mandamentos constitucionais e legais. Ou seja, a omissão ou o vício de motivação de qualquer decisão judicial é nulidade que recai sobre elemento essencial do ato processual penal, imaculado à condição de princípio constitucional. A deficiência de fundamentação é, portanto, categoria de defeito cuja cominação de nulidade encontra-se expressa constitucionalmente, o que provoca, conseqüentemente, a nulidade da decisão judicial (art. 564, V, do CPP).

Conforme indicado por Silva Júnior (2021, p. 620), as medidas cautelares só podem ter lugar “se e quando demonstrada a necessidade de sua imposição como forma de tutelar o processo principal ou de evitar a prática de crimes”. No mesmo sentido, afirma Aury Lopes Junior (2017), que a excepcionalidade deve ser interpretada em conjunto com a presunção de inocência, consolidando assim um “princípio fundamental de civilidade” (p. 43), em que a prisão cautelar seja consolidada, de fato, como *ultima ratio*. Toda essa cautela se justifica, conforme já reiterado, pela magnitude do dano causado pela prisão cautelar, na qual, conforme afirma Luigi Ferrajoli (1995, p. 776) “primeiro se castiga, depois se processa”.

Nesse sentido, para que a prisão preventiva seja decretada faz-se necessário a existência de pressupostos, quais sejam, provas da existência do crime e indícios suficientes de autoria, consoante estabelece a parte final do art. 312 do CPP.

Segundo Edilson Mougenot Bonfim (2008, p. 415), a prova da existência do crime consiste em haver nos autos “elementos que demonstrem a materialidade do delito” e os indícios suficientes de autoria consistiriam em “elementos idôneos, convincentes, capazes de criar no espírito do juiz a convicção provisória de que o imputado é o autor da infração”, devendo tal análise ser feita caso a caso, segundo o entendimento do magistrado.

Os pressupostos acima analisados são também conhecidos como *fumus delicti*. Conforme preceitua Luiz Flávio Gomes (2011, s. p.):

(...) pode se entender por *Fumus Commissi Delicti* a comprovação da existência de um crime e indícios suficientes de autoria. É a fumaça da prática de um fato punível. A prova, no limiar da ação penal, pode ser entendida como grande aproximação à probabilidade da ocorrência do delito, ela não precisa ser exaustiva. Quanto à autoria são suficientes indícios para a presença de tal instituto. A existência do crime requer elementos mais concretos para sua afirmação, enquanto a autoria trabalha com a suficiência de indícios.

Ademais, com o advento da Lei nº 12.403/2011 foi acrescido um parágrafo único ao dispositivo legal que elenca as hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, estabelecendo que a mesma “também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares”.

Para Marco Antônio Ferreira Lima e Ranieri Ferraz Nogueira (2011, p. 80), a previsão legislativa estabelece “uma nova hipótese de decretação da prisão preventiva baseada no descumprimento das medidas cautelares impostas”.

Desse modo, analisando tais requisitos para a decretação da medida cautelar coercitiva, é possível verificar a preocupação do legislador na utilização da prisão preventiva somente em casos expressamente permitidos em lei, em situações legalmente autorizadas, quando existe efetiva necessidade de privação da liberdade do indivíduo antes de uma sentença condenatória transitada em julgado.

Nesse sentido, a Lei nº 12.403, após longo período de tramitação legislativa, foi editada com inspiração nas legislações da Itália e de Portugal, pretendendo reduzir a utilização da prisão cautelar no ordenamento jurídico pátrio, criando outras hipóteses acautelatórias no processo penal.

Acerca das alterações legislativas no CPP, a necessidade das reformas processuais evidenciou-se, primordialmente, pelo descompasso existente entre a codificação processual, datada de 1941, e a Constituição Federal de 1988, pois esta última introduziu princípios e regras

diversos daqueles estabelecidos pelo legislador infraconstitucional, de modo que muitas das normas do Código de Processo Penal "perderam eficácia em face da nova ordem jurídica ou deviam ser interpretadas de modo diverso do tradicional, sob pena de não se coadunarem com a Constituição" (Grinover, 2002, p. 01).

Nesse sentido, o art. 282 do CPP, com as alterações trazidas pela lei supracitada, estabelece no § 4º que o juiz pode, em "último caso", decretar a prisão preventiva, e o § 6º determina que "a prisão preventiva será decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar".

No entanto, é necessário ressaltar que o juiz não precisa necessariamente aplicar primeiramente outras medidas e, apenas diante da ineficácia concreta destas, decretar a prisão. O que se exige é um "juízo de insuficiência hipotética de outra medida cautelar".

Dessa forma, a partir da análise acima, é possível perceber que inúmeros fatores percorrem a fundamentação adequada da prisão preventiva. A aplicação do princípio da subsidiariedade e observância de todos os requisitos exigidos por lei tornam a referida medida cautelar totalmente adequada ao sistema processual penal pátrio e que, aplicada corretamente, cumpre integralmente o seu papel na defesa dos direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos.

2.2 Principais Hipóteses Da Decretação Da Prisão Preventiva

2.2.1 Descumprimento Da Medida Cautelar

Como uma das principais hipóteses da decretação da prisão preventiva, está o descumprimento de uma medida cautelar imposta. Nesse sentido, o Código de Processo Penal em seu artigo 282, § 4º, prevê que caso haja o descumprimento de alguma cautelar aplicada, poderá haver (I) a substituição da medida; (II) a imposição de outra de forma cumulativa; ou (III) em último caso a decretação da prisão preventiva.

Dessa forma, o referido dispositivo legal determina a possibilidade da decretação da prisão preventiva subsidiária ou substitutiva, no caso de descumprimento das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Tal modalidade de prisão preventiva decorre do seu caráter subsidiário, pois com a Lei nº 12.403/11, criou-se a possibilidade de adoção de inúmeras medidas cautelares não

segregatórias, com isso a prisão preventiva passou a ter natureza subsidiária, por força do artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal.

O artigo 315, do Código de Processo Penal determina que toda decisão que denega, que decreta ou que substitui a prisão preventiva será sempre motivada, tornando assim obrigatória a motivação de qualquer decisão relacionada à prisão preventiva.

O viés acusatório na sistemática das medidas cautelares é consubstanciado pelo §4º do mesmo artigo, o qual designa que, mesmo em casos de descumprimento da medida cautelar, o magistrado só poderá substituí-la, impor outra em cumulação, ou, “em último caso” (BRASIL, 2019), impor a prisão preventiva através de requisição do Ministério Público.

Ou seja, ainda que a medida designada não seja cumprida, não poderá haver agravos sem que haja uma manifestação do MP nesse sentido. A partir de tais mudanças, reduziu-se o aspecto inquisitorial característico dos regimes autoritários, que, no contexto brasileiro, mais se expressou pelo poder acusatório dado ao magistrado (Silva Júnior, 2015).

Ainda, o caráter de excepcionalidade da prisão processual foi reiterado pela reforma legislativa promovida pela Lei nº 13.964/2019, que, ao alterar a redação do art. 282 e acrescentar o art. 316, parágrafo único, consignou o princípio da fungibilidade na execução das medidas cautelares.

A priori, conforme estabelecido pelo novo texto do §4º do art. 282, mesmo em caso de descumprimento das obrigações impostas, o juiz somente poderá substituir, impor outra em cumulação ou, em último caso, decretar prisão preventiva, mediante provocação do MP. Vale salientar que, anteriormente, essa decisão poderia ser tomada por iniciativa própria do magistrado.

2.2.2 Conversão Da Prisão Em Flagrante Em Prisão Preventiva No Contexto Da Audiência De Custódia

A audiência de custódia é o instrumento processual que determina que todo preso em flagrante deve ser levado à presença da autoridade judicial, no prazo de 24 horas, para que seja avaliado a legalidade e a necessidade de manutenção da prisão. A doutrina aponta que essas audiências trazem um impacto muito benéfico e relevante para o sistema prisional brasileiro, uma vez que haveria diminuição significativa nos números de prisões preventivas.

A audiência de custódia tem previsão legal extraída dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, sendo eles a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, internalizado por meio do Decreto nº 678/92 e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, internalizado por meio do Decreto nº 592/92.

Sabe-se que em nosso país a instrução processual criminal pode levar anos, prejudicando o réu que, sem contato com o juiz, não poderá expor sua versão dos fatos, tampouco demonstrar, satisfatoriamente que preenche os requisitos que lhe permitam responder ao processo em liberdade.

Dessa forma, com a implantação das audiências de custódia, determinando que o preso seja conduzido a presença física do juiz em até 24 horas, possibilita ao acusado expor os fatos sobre o contexto de sua prisão (sem adentrar no mérito da imputação), e, ao magistrado, garantir a efetiva justiça no caso concreto, podendo adotar uma das seguintes decisão: relaxar a prisão, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva (nas situações previstas no art. 312 do Código de Processo Penal) ou conceder a liberdade provisória (com ou sem imposição de fiança ou de outras medidas cautelares).

Com o advento do Pacote Anticrime a hipótese da decretação da prisão preventiva na audiência de custódia sofreu alterações e as discussões daí decorrentes serão analisadas nos capítulos subsequentes deste trabalho. No entanto, é possível aqui analisar uma decisão (Ag.Reg. Na Reclamação 29.303 Rio de Janeiro) que discorreu sobre o tema:

O ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal (STF), em 15/12/2020, acolhendo pedido da Defensoria Pública da União, estendeu a todo o país a determinação para que tribunais realizem audiências de custódia em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas, e não apenas em caso de prisão em flagrante, no prazo de 24 horas da sua ocorrência.

Referente ao 3º pedido de extensão: (...) 3. Sendo assim, diante da plausibilidade jurídica do pedido e da possibilidade de lesão irreparável a direito fundamental das pessoas levadas ao cárcere, defiro o presente pedido de extensão, ad referendum do E. Plenário, para determinar ao Superior Tribunal de Justiça, aos Tribunais de Justiça, aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais integrantes da Justiça eleitoral, militar e trabalhista, bem assim a todos os juízos a eles vinculados que realizem, no prazo de 24 horas, audiência de custódia em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas. Comunique-se, com urgência. Inclua-se em pauta, para fins de referendo deste pedido de extensão conjuntamente com a liminar deferida, na imediata sessão virtual do E. Plenário com início em 05.02.2021. Publique-se. Intimem-se.

Na liminar, Fachin indica que a limitação das audiências de custódia aos casos de prisão em flagrante, como ocorria em alguns estados, é ato inadequado, considerando que há recente regulamentação do tema na legislação processual penal. Ele se refere à Lei nº 13.964/19, que define como ilegal toda prisão em que a pessoa não seja apresentada à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

A nova legislação, além de estabelecer a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia nos casos decorrentes de prisão em flagrante, também incluiu no Título IX do Código de Processo Penal, que dispõe sobre medidas cautelares, a necessidade de apresentação do preso ao magistrado, na hipótese em que a custódia cautelar decorrer do cumprimento de mandado de prisão:

Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia.

3 ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO TEMA

3.1 O Princípio Da Presunção De Inocência e a Legalidade Da Prisão Preventiva

Previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988, dentre o rol dos direitos e garantias fundamentais, o princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, constitui cláusula pétrea, postulado basilar de um verdadeiro Estado Democrático de Direito em se tratando de tutela à liberdade individual.

Segundo os ensinamentos de Edilson Mougenot Bonfim (2006, p. 44-45):

Sustenta a boa doutrina que a expressão presunção de inocência é de utilização vulgar, já que não é tecnicamente correta. É verdade. Presunção, em sentido técnico, é o nome da operação lógico-dedutiva que liga um fato provado (um indício) a outro probando, ou seja, é o nome jurídico para descrição justamente desse liame entre ambos. No caso, o que se tem mais propriamente é a consagração de um princípio de não culpabilidade, até porque a Constituição Federal (art. 5º, LVII), não afirma presumir uma inocência, mas sim garantir que ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade foi inicialmente conceituado por Cesare Beccaria, que defendia que nenhum homem poderia ser considerado

réu antes da sentença penal condenatória, e após mais de cem anos, tal princípio foi positivado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, no art. 1157, sendo também previsto na Constituição Federal de 1988 no rol de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, LVII): “(...) ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

O estudo deste princípio é indispensável para entender a sua coexistência com as medidas cautelares e, em especial, com a prisão preventiva, isto porque, de forma objetiva, tais institutos podem parecer extremamente antagônicos a princípio. Um verdadeiro paralelo se sustenta diante dessa questão: o direito à liberdade do acusado, a segurança da sociedade traduzida pela aplicação da prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência.

De forma primária, um dos principais pontos a serem esclarecidos nesta discussão é que as prisões processuais ou provisórias, como mecanismos que permitem a restrição do estado original de liberdade do indivíduo, só podem ter lugar em situações excepcionais, quando e enquanto forem estritamente necessárias para garantir o resultado útil da medida principal, ou seja, a efetividade do processo penal ou da investigação.

A preocupação do legislador em estabelecer outras medidas cautelares pessoais que substituam a prisão cautelar vai ao encontro do princípio da subsidiariedade, o qual estabelece que a privação da liberdade do indivíduo será utilizada como *ultima ratio*.

Ademais, ainda que a demanda pela punição daqueles que praticaram delitos seja crescente, um dos direitos fundamentais que o Estado lhes oferece é o de proteção.

Entre esses direitos sobressai o direito à segurança, colocado ao lado do direito à liberdade logo no caput do art. 5º da Carta Magna, o que implica afirmar que o Estado está obrigado a assegurar tanto a liberdade do indivíduo contra ingerências abusivas do próprio Estado e de terceiros, quanto a segurança de toda e qualquer pessoa contra ataque de terceiros – inclusive do acusado – mediante a correspondente e necessária ação coativa (*potestas coercendi*) ou punitiva (*ius puniendi*). (CRUZ, 2006, p. 65- 66).

O direito à segurança também se configura como uma das formas de realização do princípio de dignidade humana. O Direito Penal serve de modo simultâneo, nesse sentido, para que seja limitado o poder de intervenção estatal e para que o crime seja punido. Assim, protege o indivíduo de um excesso repressivo do Estado, bem como protege igualmente a sociedade e os membros que a compõem dos abusos do indivíduo.

Daí o porquê de propor-se uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que não somente legitima eventuais e necessárias restrições às liberdades públicas do indivíduo, em nome de um interesse comunitário prevalente, mas

também a própria limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais – preservando-se evidentemente, o núcleo essencial de cada direito – que passam a ter, como contraponto, correspondentes deveres fundamentais. Esse dever de efetivação, que, no âmbito criminal, poderia ser denominado —dever de proteção penall, impõe ao Estado a obrigação de zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados. (CRUZ, 2006, p.67-68).

O princípio de presunção de inocência ou não-culpabilidade, considerado o mais importante no processo penal, consiste em que se conceda ao acusado o direito de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da condenação. De acordo com este princípio, o acusado deve ser tratado com respeito e dignidade, não devendo ser equiparado ao indivíduo já julgado e condenado.

Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção da não-culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza pode lastrear uma condenação. Além disso, não se impõe ao acusado a prova de sua inocência, pois é ao órgão acusador que se atribui o ônus de provar a culpa daquele a quem imputa a prática da infração penal. (CRUZ, 2006, p.69-70).

Como consequência do princípio de presunção da inocência, pode-se verificar que as prisões cautelares não devem ser utilizadas como regra, mas como exceção. Logo, observa-se a justificativa para outro princípio: a excepcionalidade.

No que toca a legalidade e a jurisdicionalidade da prisão provisória sem que anteriormente haja intervenção judicial, deve-se atender aos critérios da previsão legal expressa. Ainda assim, para que uma medida de prisão cautelar seja aplicada, é necessário que a autoridade judiciária previamente competente a decrete. A exceção para esta regra ocorre apenas na hipótese de flagrante delito, em que qualquer pessoa pode (e é dever policial) dar voz de prisão ao transgressor (CRUZ, 2006, p.80).

Inferível, dessarte, que tanto pelas regras em vigor, quanto de lege ferenda³³, é a prisão preventiva (em sentido estrito) aquela que se poderia considerar o epicentro do sistema das prisões cautelares, porquanto nenhuma outra modalidade de cautela provisória pode ser decretada e subsistir (partindo-se, obviamente, do pressuposto de que existam provas ou indícios que evidenciem o *fumus comissi delicti*³⁴ sem que esteja presente o *periculum libertatis*³⁵, identificados nas hipóteses positivadas no art.312 do Código de Processo Penal³⁶ – ou no caso da prisão temporária, nos incisos do art. 1º da Lei 7.960/89 – a saber necessidade da prisão como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. (CRUZ, 2006, p.83).

Ao decretar uma medida de prisão cautelar, o juiz responsável deve explicitar, de modo claro e preciso, as razões para o recolhimento, demonstrando quais os motivos concretos que justificaram a decisão.

Intoleráveis, portanto, decisões judiciais que se limitam a uma vasta repetição de jargões ou de expressões jurídicas abstratas, reprodutoras, muitas vezes, de um comodismo intelectual daqueles a quem a parte confiou uma prestação jurisdicional mais qualificada. De qualquer modo, é dever do magistrado explicitar o seu convencimento quanto à necessidade da segregação cautelar. Tal fundamentação somente será, a seu turno, se forem indicados os motivos pelos quais se decreta a prisão, não sendo satisfatório, evidentemente, limitar-se à autoridade judicial a dizer que a prisão temporária é imprescindível para as investigações do inquérito policial (inciso I do art. 1º da Lei 7.960/89), ou que a liberdade do acusado põe em risco a ordem pública (art. 312 do CPP). (CRUZ, 2006, p.90).

No que se refere à proporcionalidade de uma medida cautelar, devem ser verificadas três máximas que a concretizam: adequação, necessidade e proporcionalidade no sentido estrito. Quanto à primeira máxima, a adequação, seu sentido está diretamente ligado ao fato de que para que uma medida cautelar seja legítima, tendo assim a capacidade de produzir o resultado esperado, deve mostrar-se adequada e eficaz na proteção do direito que se encontra ameaçado na situação concreta.

O juízo de adequação pressupõe que conceitualmente, saiba-se o que significam meio e fim e que, empiricamente, identifique-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição do direito fundamental. Porém, o juízo de adequação nada informa acerca de qual dos meios idôneos deve prevalecer, pois não diz qual é o mais ou menos eficaz, mas apenas se um determinado meio é ou não idôneo, útil, apto, apropriado. (CRUZ, 2006, p. 96).

Por outro lado, a necessidade de utilização da medida cautelar é estabelecida quando verificada como alternativa menos gravosa ou onerosa para o acusado. Por esse princípio, se busca evitar a utilização de medidas restritivas de direitos, garantias ou liberdades que, mesmo legalmente adequadas, não são precisamente necessárias para que sejam obtidos os fins de proteção visados pela justiça.

Isto posto, conforme entendimento de Aury Lopes Junior (2017, p. 21), o princípio da presunção de inocência no âmbito da aplicação das medidas cautelares implica num “*dever imposto ao julgador de preocupação com o imputado, uma preocupação de tratá-lo como inocente*”. Para o autor, a prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência coexistem no sistema jurídico brasileiro em razão da flexibilização desse princípio, a qual só se é admitida de acordo com as regras de aplicação da prisão cautelar.

Dessa forma, é entendimento consolidado tanto na doutrina quanto na jurisprudência que a prisão preventiva não viola a presunção de inocência, uma vez que está fundada em sua função cautelar, sendo decretada no escopo de resguardar o processo, não havendo que se falar em incompatibilidade entre esses dois institutos.

É possível, na verdade, conciliar a prisão preventiva ou qualquer outra medida de natureza cautelar, com a presunção de inocência, desde que a medida de restrição seja decretada com o fim de tutelar, única e exclusivamente, o processo.

Para a maioria dos doutrinadores, a simples conveniência não autoriza o decreto da prisão, devendo o juiz adotar a maneira mais adequada, de acordo com a necessidade, utilizando os fundamentos jurídicos.

Assim, o que se pretende indicar é que o instituto das prisões cautelares e, especificamente, da prisão preventiva, não fere a premissa da presunção de inocência, uma vez que esta deve ser decretada nos ditames do artigo 312 do Código de Processo Penal, ou seja, deve ser decretada para assegurar a aplicação da lei penal, a conveniência da instrução criminal, para garantir a ordem pública e a ordem econômica.

A aplicação de um princípio pode se dar em maior ou menor grau e, neste caso, considerada a necessidade de garantir o desenvolvimento do processo e a efetivação do poder de punir, compreende-se a necessidade de flexibilização de tal princípio em razão da aplicação e cumprimento das medidas cautelares.

Assim o entendimento de que as prisões cautelares são perfeitamente admissíveis em nosso ordenamento jurídico, não confronta com o postulado da presunção de inocência, desde que estas sejam pautadas nas regras da excepcionalidade, bem consubstanciadas no binômio necessidade/fundamentação. Dessa forma, Guilherme de Souza Nucci (2016) ressalta a importância da excepcionalidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando for útil à instrução e à ordem pública.

Os conflitos existentes entre estado de inocência e prisão preventiva devem ser solucionados sob o manto da ponderação de valores, haja vista a exegese da Constituição da República de 1988 como um todo, não privilegiando somente um interesse fundamental em detrimento de outros.

3.2 O Princípio Da Parcialidade Do Juiz e a Decretação Da Prisão Preventiva De Ofício

Em um modelo acusatório do processo penal, a imparcialidade do julgador é quesito fundamental, notadamente, em um Estado Democrático de Direito. Logo, esta imparcialidade é uma garantia da qual jamais se pode renunciar.

Nesse ponto, merece ressalvas a atuação do Juiz, quando este age de ofício, sem ser provocado por uma das partes no processo penal, ainda mais quando se trata da prisão preventiva.

No atual âmbito processual penal do Brasil, é possível dizer que existem 2 cenários acerca da relação entre o princípio da imparcialidade do juiz e a alteração dada pelo Pacote Anticrime ao artigo 311 do Código de Processo Penal, não mais permitindo a decretação da prisão preventiva pelo juiz de ofício (seja na fase policial, seja na judicial).

Um primeiro entendimento determina que a referida alteração, em um sistema penal acusatório, foi de vital importância para a adequação da sistemática das medidas cautelares ao Estado Democrático de Direito, pois permitiu que o juiz ocupasse uma condição de paridade entre as partes, centrando sua atuação no julgamento da ação e limitando as possibilidades de julgamento parcial.

Ou seja, entende-se, de um lado, ilegal a prisão preventiva imposta de ofício pelo juiz, por infração ao princípio acusatório, às liberdades e aos direitos fundamentais. Uma vez inadequada, deve haver a reparação do indivíduo pela via do relaxamento, garantida pelo art. 5º, inciso LXV, da Constituição Federal/88.

O professor Aury LOPES JR. (2013, p. 832) possui a resposta para tal questionamento, salientando que

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador.

Desse modo, acredita-se de um lado, que não há como negar a ilegalidade de prisões preventivas decretadas de ofício, sob o vigente ordenamento jurídico nacional, o que remete à necessidade de pronto relaxamento da medida cautelar extrema assim imposta, que, sendo ilegal, não legitima sua substituição por nenhuma outra medida cautelar prevista no art. 319 do

CPP, uma vez que essa substituição pressupõe a legalidade da cautelar substituída. Logo, a liberdade, em tal situação, deve ser restituída na íntegra.

Por esta razão, o primeiro entendimento afirma a necessidade do estudo das decisões, pois nos fazem acreditar que o processo penal tem de ser visto de acordo com os ditames trazidos pela Constituição. As normas processuais penais é que devem ser interpretadas à luz da Constituição.

Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, recentemente, decidiu, nos autos do HC 12599/GO - 0012599-83.2012.4.01.0000, data de publicação 13/04/2012:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INVESTIGAÇÃO POLICIAL. PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO. 1. Para que a Justiça seja justa, o juiz não deve, no nosso regime democrático, decretar de ofício prisão preventiva. No nosso regime democrático, um acusa, outro defende e o terceiro julga. As funções são distintas e bem definidas. 2. Diante da Constituição Federal de 1988 não é mais possível a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz. O modelo inquisitorial é incompatível com o Estado Democrático (...) (Tribunal Regional Federal 1. Região HC 12588/GO - 0012599-83.2012.4.01.0000, data de publicação 13 abr. 2012)

No teor do voto, o relator Tourinho Neto ainda fez questão de fazer constar: "Pode o juiz decretar prisão preventiva de ofício? Para que a Justiça seja justa, o juiz não deve, no nosso regime democrático, decretar de ofício prisão preventiva. No nosso regime democrático, um acusa, outro defende e o terceiro julga. As funções são distintas e bem definidas. Diante da Constituição Federal de 1988 não é mais possível a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz. O modelo inquisitorial é incompatível com o Estado Democrático de Direito. O juiz deve ser imparcial. Daí se pretender o juiz de garantias. A posição do Magistrado deve ser supra partes. A decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz é rejeitada por parte da doutrina processualista brasileira, por ser uma característica do sistema inquisitório. Ne procedat iudex ex officio. (...) O art. 311 do CPP, com a nova redação ditada pela Lei 12.403, de 2011, impede que o juiz possa decretar prisão preventiva de ofício na fase policial. Pode na fase judicial. A nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal estabelece expressamente, portanto, que o juiz não tem mais legitimidade para decretar a prisão preventiva de ofício durante a investigação policial".

No mesmo sentido, segundo entendimento de Aury Lopes Jr. (2013, p. 831):

Infelizmente, insiste o legislador brasileiro em permitir a prisão preventiva decretada de ofício, sem suficiente compreensão e absorção das regras inerentes ao sistema acusatório constitucional e a própria garantia de

imparcialidade do julgador. A nova redação do art. 311 do CPP não representou avanço significativo, pois segue permitindo a prisão preventiva de ofício, desde que no curso da ação penal.

No entanto, é preciso ressaltar que outro entendimento existe acerca de tal discussão e será exposto a seguir.

A despeito de o sistema trazido pela Lei n. 13.964/19 preconizar essa impossibilidade de decretação de preventiva ex officio pelo juiz, a literalidade de alguns artigos deixa brechas que permitiriam a decretação de ofício da prisão preventiva pelo Juiz. Alguns dispositivos legais da Lei Anticrime são mal redigidos e deixam margem a que o Juiz continue decretando prisão preventiva de moto proprio.

O artigo 310, caput, do CPP afirma que o juiz deverá realizar a audiência de custódia e ao final deverá tomar uma das três medidas, após manifestação obrigatória do MP: a) relaxar a prisão ilegal; ou b) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

A questão existente a partir do acima exposta é que se na audiência de custódia, caso o MP, ao se manifestar, pugne pela liberdade provisória do preso, ao juiz é permitido contrariar essa manifestação e converter a prisão em flagrante em prisão preventiva.

O primeiro argumento é o de que o legislador fala que o juiz “deverá” converter a prisão em flagrante em prisão preventiva sem condicionar a manifestação ministerial nesse sentido. Então, mesmo que o MP venha a pugnar pela liberdade, poderia o Juiz contrariar tal parecer e converter o flagrante em preventiva.

Sobre o tema, Leonardo Alves afirma:

"Problemática é a possibilidade de o juiz aplicar medida cautelar ou mesmo decretar a prisão preventiva por conversão da prisão em flagrante de ofício. É que os artigos 282, parágrafo 2º, e 311 do CPP, respectivamente, não autorizam a concessão destas medidas de ofício. No entanto, como noticia Marcos Paulo Dutra Santos, há quem sustente a possibilidade de concessão de ofício, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci e Marcellus Polastri Lima (SANTOS, 2011, p. 158), já que o art. 310 do CPP é imperativo ao preceituar que o magistrado “deverá”, tampouco condicionando o seu agir ao pronunciamento prévio do Ministério Público. Essa última posição é acolhida pelo STJ (HC 228913/MG)."

O segundo argumento a sustentar esse posicionamento é o fato de que o § 2º do artigo 310 afirma que o juiz deverá denegar a liberdade provisória se verificar que o agente é

reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito.

Deixando de lado a discussão a respeito da constitucionalidade deste dispositivo e fixando-se apenas na intenção do legislador com esta norma, temos que esse parágrafo está diretamente subordinado ao *caput*, ou seja, com o tema da audiência de custódia, de modo que ele autoriza o juiz, nessa audiência, a indeferir o pedido de liberdade feito por qualquer das partes, inclusive pelo MP.

Ora, o que o juiz faz quando indefere o pedido de liberdade é converter o flagrante em preventiva, de modo que existe autorização legislativa para que o juiz contrarie a manifestação ministerial, o que, mudando as palavras, seria "decretar prisão de ofício".

Nessa linha de raciocínio, a audiência de custódia estaria situada em uma zona neutra, na qual seria permitido ao Juiz contrariar posicionamento ministerial e converter a prisão em flagrante em preventiva.

Para corroborar ainda mais a tese do segundo entendimento, há que se focar na literalidade do artigo 316 do CPP, com a nova redação dada pela Lei n. 13.964/19, que assevera: "O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem".

Vê-se, claramente, que, na hipótese tratada no dispositivo legal alhures transcrito, o juiz poderá decretar a prisão preventiva, mesmo sem requerimento do MP ou representação da autoridade, atendidos três pressupostos: a) decretação inicial após ser instado a tanto (pelo MP ou delegado); b) revogação posterior por falta de motivo para mantê-la; e, c) o investigado/réu que estava solto dá motivos para que a preventiva seja de novo decretada. Preenchidos esses requisitos, o juiz, em nome da cláusula *rebus sic standibus*, poderia decretar de novo a prisão preventiva independente de pedido das partes.

No âmbito dos tribunais, a matéria também já foi alvo de algumas decisões no sentido acima exposto, a exemplo do acórdão exarado em sede de *Habeas Corpus* (nº 2002378-94.2020.8.26.000), do TJSP, em março/2020, cujo relator foi Luis Augusto de Sampaio Arruda, que pontificou:

Cumpre salientar que não se olvida que o § 5º do artigo 282 do Código de Processo Penal dispõe que "o juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo

para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. Todavia, in casu, o Juízo a quo não voltou a decretar a prisão preventiva e sim a decretou após revogar a prisão temporária em razão do decurso do tempo e por entender que a prisão temporária não se fazia mais necessária [...]

Da leitura do trecho do acórdão, conclui-se que a prisão seria legal se o Juízo tivesse voltado a decretar a preventiva, o que não ocorreu no caso porque não havia prisão preventiva anterior, mas prisão temporária.

Veja-se que não parece haver necessidade para o bom andamento do processo e para o respeito aos princípios *pro societate* que o julgador tome a iniciativa, por si só, de prender cautelarmente o acusado. Ora, o Parquet já possui o papel de acusador no processo e, certamente, tem a função de verificar se, naquele momento, o réu deve ser preso. E se o MP não toma essa iniciativa, não parece ser necessário presumir que não há necessidade da prisão?

Ainda, indicando mais um exemplo de que nova redação do artigo 311 do CPP não condiz com vários outros dispositivos legais, percebe-se que a Lei Maria da Penha não recepcionou a nova redação trazida pela Lei 12.403, uma vez que, o artigo 20 da mencionada Lei, prevê exatamente o contrário, permitindo que o juiz decrete a preventiva em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal. Ao confrontarmos os dois dispositivos, percebemos que o artigo 20 da Lei Maria da Penha, por ser bem mais recente, acabou recepcionando o antigo texto trazido pelo artigo 311 do CPP, que hoje, com nova redação, acabou por trazer este impasse na doutrina e na jurisprudência.

A professora Alice Bianchini (2012, s. p.) entende que:

(...) não obstante ofender o sistema acusatório (já que o juiz acaba por perder a necessária posição equidistante), no momento da ponderação de interesses, há que preponderar a norma de proteção integral à mulher em situação de risco. (art. 4º, LMP).

Tal posicionamento é respaldado pelas estatísticas, as quais demonstram o elevadíssimo índice de homicídios, dentre outras violências, praticados por homens cuja vítima mulher mantinha ou manteve em ele uma relação íntima de afeto (Bianchini, 2012).

A questão que fica no ar é a sensação de impunidade, que a interpretação da nova Lei poderá gerar, pois se a prisão preventiva passa a ser decretada como última alternativa, ou quando não seja possível atingir a mesma finalidade com outras medidas, o que será das mulheres em situação de violência doméstica e familiar? Quem fiscalizará o cumprimento, por parte do indiciado ou acusado, das medidas cautelares previstas na Lei nº 12.403/ 2011?

Dessa forma, é possível pensar que, em regra, como estabelecido pelo Pacote Anticrime, o Juiz não pode decretar prisão preventiva de ofício, a não ser nas seguintes situações excepcionais:

I) por ocasião da audiência de custódia, ao analisar a prisão em flagrante, podendo convertê-la em preventiva, mesmo que o MP se manifeste pela liberdade provisória;

II) quando analisar prisão em flagrante, nos casos em que restar impossível a realização de audiência de custódia por motivo idôneo, a exemplo da situação em que o agente tenha sofrido lesão que o deixou internado em hospital sofrida no momento da prisão em flagrante, desde que haja manifestação prévia do MP, mesmo que este pugne pela liberdade;

III) durante o curso da investigação ou do processo quando houver o preenchimento das seguintes condições: a) decretação inicial após pedido do MP ou representação da autoridade policial; b) revogação posterior por falta de motivo para mantê-la; e, c) surgimento de motivos que tornam necessária a decretação da preventiva.

Ainda, é possível pensar que não foi suficiente o Pacote Anticrime ter a pretensão de consolidar o sistema acusatório no país vedando, *a priori*, o decreto judicial de ofício da prisão preventiva. Com esse nobre objetivo, deveria a novel legislação se esmerar para promover uma reforma harmônica e coerente em todo o sistema, evitando a coexistência de dispositivos legais que, muitas vezes, são conflitantes. De nada adiantou ao legislador a vontade de tirar dos juízes a responsabilidade de decretar preventiva de ofício, se não escreveu isso na lei a contento.

Disto, tem-se que a questão é polêmica e se esclarecerá quando a jurisprudência se consolidar a respeito do tema. De toda forma, as divergências de entendimento existem como consequência de qualquer recente alteração legislativa e só o tempo determinará qual a posição deverá ser tomada quanto a essas situações.

4 A REFORMA E O PACOTE ANTICRIME

4.1 O Entendimento Acerca Da Lei 13.964/2019

A Lei 13.964/19, conhecida como lei do "pacote anticrime", foi sancionada em 24 de dezembro de 2019 e entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020. Com a nova lei, diversos dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal, além de outras leis, como a Lei 7.210/84 (LEP), foram revogados, alterados ou acrescentados.

Dessa forma, pretende-se neste capítulo analisar as principais alterações trazidas pelo Pacote Anticrime no que tange à prisão preventiva, entender as suas motivações, principais objetivos e discussões acerca do tema.

Como uma das principais alterações objeto de estudo do presente trabalho, o artigo 282, parágrafo 2º, do CPP foi alterado para excluir a possibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, ou seja, agora as medidas cautelares só poderão ser decretadas a partir do requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

O parágrafo 3º do CPP do mesmo dispositivo legal traz também novas regras importantes a se observar. 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 e, agora, de acordo com a redação dada pela Lei 13.964/19, deve abrir prazo de 5 dias.

Não obstante, a nova lei determina ainda que, nos casos de urgência ou de perigo, deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional. Dessa forma, caso o juiz deixe de abrir o prazo determinado pela nova lei ou deixe de justificar e fundamentar a decisão nos casos de urgência/perigo, a decisão será manifestamente nula. E, aqui, vale um parêntese: a Lei 13.964/19 acrescentou o inciso V ao artigo 564 do CPP, que, agora, expressamente prevê que é nula toda decisão carente de fundamentação.

Ainda tratando do mesmo dispositivo legal (artigo 282 CPP), a Lei 13.964/19 acrescenta no parágrafo 6º que o não cabimento de aplicação da medida cautelar em substituição à decretação da prisão preventiva deve ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. Essa determinação vai de encontro à nossa CRFB/88 (artigo 93, IX). A prisão, como é cediço, é excepcional, *ultima ratio*, e, agora, como prevê expressamente o parágrafo 6º do artigo 282 do CPP, a sua decretação exige fundamento de acordo com o caso concreto, de forma individualizada, sob pena de nulidade (CPP, artigos 315, parágrafo 2º e 564, inciso V).

E agora uma alteração não menos importante das acima citadas, mas a qual se deve dar especial atenção. A Lei 13.964/19 revogou o parágrafo único do artigo 312 do CPP que trata da decretação da prisão preventiva e, acrescentou dois parágrafos. O parágrafo 2º dispõe sobre a obrigatoriedade da motivação e do fundamento da decisão que decretar a prisão preventiva em decorrência de receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou

contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada não podendo a decisão que decretar utilizar-se mais apenas detemos legais como perigo à ordem pública, devendo haver, portanto, apontamentos relacionados ao mundo dos fatos, ou seja elementos concretos.

Essa questão já havia sido analisada pela jurisprudência do STJ, em especial no HC em que figurou como paciente Michel Temer (HC 509.030 RJ, 30.05.2019. relator ministro Antonio Saldanha Palheiro). Agora a regra está prevista expressamente em nosso CPP.

Ainda, surge também com a nova lei a obrigatoriedade de o órgão emissor da decisão que decretou a prisão preventiva, revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal, caso então de relaxamento da mesma (introduzido o parágrafo 6º ao artigo 316 do CPP).

Antes da sanção do Pacote Anticrime, não havia em nosso ordenamento jurídico um prazo máximo de prisão cautelar. Assim, não era fácil demonstrar, por exemplo, um excesso de prazo da prisão para se requerer um relaxamento da cautelar. Vale lembrar que a necessidade em que trata o legislador deve ser atual, na forma do artigo 312, parágrafo 2º, do CPP aqui já vislumbrado.

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e, como novidade legislativa o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Escutando a boa doutrina e a jurisprudência pacificada dos tribunais, o § 2º do art. 313 do CPP, faz menção expressa de que prisão preventiva não deve servir como meio de antecipação de cumprimento de pena ou como mera decorrência imediata de investigação criminal ou da mera apresentação ou recebimento da denúncia .

Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; deixar de seguir

enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento .

Perceba que em todos esses casos, a revogação da prisão preventiva se dará por falta de fundamentação, pois não será considerada fundamentada se não observadas as exigências legais mencionadas.

Diferente da decretação da prisão preventiva, a sua revogação pode ser decretada de ofício pelo magistrado. Isso se deve ao fato de este ato ser benéfico ao acusado. Assim, o juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Não obstante, quanto à revogação ou substituição da medida cautelar, poderá o juiz de ofício ou a requerimento das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la, quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, quando sobrevierem razões que a justifiquem. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

Portanto há agora a obrigação de o magistrado justificar, de forma individualizada e mais amplamente fundamentada as razões da não aplicabilidade das medidas cautelares, e a necessidade de decretação o da prisão preventiva. Não basta mais a mera alegação da gravidade do delito, como era amplamente realizado pelos magistrados em suas decretações de prisão em detrimento das medidas cautelares .

Não mais há a possibilidade de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, exceptuados os casos de prisões cautelares.

Quanto a prisão em flagrante, tornou-se hipótese de obrigatório relaxamento da prisão quando, transcorrido o prazo de 24 (vinte e quatro) horas, previsto no caput, não seja realizada a audiência de custódia, desde que para sua não realização não haja motivação idônea, em razão

de que será a prisão tida como ilegal. Não obstante, permanece a possibilidade de imediata decretação da prisão preventiva.

A autoridade que eventualmente der causa, sem motivação idônea, para a não realização da audiência no prazo estabelecido no caput, responderá, agora, administrativa e penalmente pela sua omissão .

Tornou-se hipótese de obrigatório relaxamento da prisão quando, transcorrido o prazo de 24 (vinte e quatro) horas, previsto no caput, não seja realizada a audiência de custódia, desde que para sua não realização não haja motivação idônea, em razão de que será a prisão tida como ilegal. Não obstante, permanece a possibilidade de imediata decretação da prisão preventiva .

No entanto, como exposto anteriormente, é necessário ressaltar que, como uma legislação ainda “recente”, algumas questões por ela alteradas precisam ser pacificadas no âmbito judiciário. De toda forma, a partir da análise acima realizada, é possível perceber que um dos principais objetivos do Pacote Anticrime foi estabelecer novas regras para adequar o sistema processual penal a um âmbito acusatório. A Lei nº 13.964/2019 promoveu diversas alterações processuais, deixando clara a intenção do legislador de retirar do magistrado qualquer possibilidade de decretação *ex officio* da prisão preventiva.

4.2 Posição Dos Tribunais Superiores e a Influência das Decisões Judiciais na Construção de um Entendimento

Apesar do esforço do legislador em aplicar mudanças legislativas que não deem margem à ambiguidades ou dúvidas em sua aplicação, toda e qualquer alteração em dispositivos legais está sujeita à discussões e formas de interpretação. Esse é o caso da Lei do Pacote Anticrime.

A posição dos Tribunais Superiores na construção de um entendimento é de suma importância pois representa um instrumento para que a justiça apresente segurança jurídica e para que os julgadores se baseiem na interpretação de seus pares sobre as leis.

Como um dos grandes objetivos da Lei x, o legislador no que se refere à decretação da prisão preventiva teve como um dos maiores objetivos a separação das funções de acusar, defender e julgar, fazendo uma cristalina adoção ao modelo acusatório de processo penal,

inclusive de maneira literal, a interpretação dos Tribunais Superiores não é unânime a assim entender.

Isto posto, serão analisados a seguir alguns julgados importantes acerca do tema.

4.2.1 Habeas Corpus nº 145225/RO – Supremo Tribunal de Justiça

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Habeas Corpus nº 145225/RO entendeu que a opção judicial por medida cautelar mais grave do que aquela requerida pelo Ministério Público, pela autoridade policial ou pelo ofendido não pode ser considerada atuação de ofício do magistrado.

A decisão veio na análise de recurso interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de Rondônia, em que o réu, acusado dos crimes de lesão corporal e ameaça no contexto de violência doméstica e familiar, alegou ter sido a sua prisão preventiva decretada de ofício, em afronta ao que determina a Lei 13.964/2019.

Segundo os autos, durante a audiência de custódia, o MP defendeu a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, incluindo o monitoramento eletrônico. Entretanto, o magistrado decretou a prisão preventiva, fundamentada na garantia da ordem pública, por entender preenchidos os requisitos dos artigos 312 e 313, III, do Código de Processo Penal.

Na decisão recorrida, o TJRO consignou que, embora a Lei 13.964/2019 tenha estabelecido (ao modificar o artigo 282, parágrafo 2º, do CPP) que a prisão preventiva depende de requerimento do MP, do querelante, do assistente de acusação ou de representação do delegado de polícia, não houve alteração legislativa em relação às medidas desse tipo decorrentes de violência doméstica – as quais poderiam ser decretadas de ofício pelo juiz, conforme o artigo 20 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Ademais, sobre a questão do livre convencimento motivado do juiz, o relator do processo no STJ, o ministro Rogerio Schietti Cruz ponderou que, diferentemente do entendimento do tribunal de origem, o princípio da especialidade não autoriza a atuação judicial de ofício, mesmo em se tratando de crime de violência doméstica e familiar contra a mulher. Por esse princípio, o dispositivo da Lei Maria da Penha (lei especial) se sobreporia ao CPP (lei geral).

"Não obstante o artigo 20 da Lei 11.340/2006 ainda autorize a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz de direito, tal disposição destoa do atual regime jurídico. A atuação do juiz de ofício é vedada, independentemente do delito praticado ou de sua gravidade", afirmou.

Entretanto, ele destacou que, no caso analisado, o que ocorreu não foi uma decisão de ofício, visto que houve requerimento do MP, durante a audiência de custódia, para que fossem fixadas cautelares diversas da prisão preventiva, mas o juiz optou pela cautelar máxima, por entender que apenas as medidas alternativas seriam insuficientes para a garantia da ordem pública.

"Uma vez provocado pelo órgão ministerial a determinar uma medida que restrinja a liberdade do acusado em alguma medida, deve o juiz poder agir de acordo com o seu convencimento motivado e analisar qual medida cautelar pessoal melhor se adequa ao caso", disse o ministro.

A decisão da turma foi por maioria, no entanto, eDm voto divergente, o ministro Sebastião Reis Júnior afirmou que se o MP, "dono da ação penal", requer medidas cautelares diferentes da prisão, "não pode um juiz ir além do pleiteado e impor a cautelar mais gravosa de todas". Para ele, essa possibilidade se distancia do modelo acusatório adotado pelo legislador brasileiro e reforçado no Pacote Anticrime, permitindo ao magistrado substituir ou corrigir, "a seu bel prazer, a vontade do órgão de acusação".

Segundo o ministro, a decretação da prisão sem pedido expresso também configura uma violação à literalidade do artigo 311 do CPP, que condiciona a medida ao requerimento do MP, da polícia, do querelante ou do assistente.

4.2.2 Habeas Corpus nº 188.888/MG – Supremo Tribunal Federal

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento unânime, concedeu, de ofício, o Habeas Corpus 188.888/MG, de relatoria do ministro Celso de Mello. Em seu voto, o ministro deixou assentado que qualquer pessoa presa em flagrante tem direito público subjetivo à realização, sem demora, da audiência de custódia, que pode ser efetivada, em situações excepcionais, mediante utilização do sistema de videoconferência, sob pena de não subsistir a prisão em flagrante.

O ministro Celso de Mello também firmou o entendimento, em seu voto, de que o magistrado competente não pode converter, *ex officio*, a prisão em flagrante em prisão preventiva no contexto da audiência de custódia, pois essa medida de conversão depende, necessariamente, de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público.

Nesse mesmo julgamento, também por votação unânime, reconheceu-se a impossibilidade jurídica de o magistrado, mesmo fora do contexto da audiência de custódia, decretar, de ofício, a prisão preventiva de qualquer pessoa submetida a atos de persecução criminal (inquérito policial, procedimento de investigação criminal ou processo judicial), "tendo em vista as inovações introduzidas nessa matéria pela recentíssima Lei nº 13.964/2019, que deu particular destaque ao sistema acusatório adotado pela Constituição, negando ao Juiz competência para a imposição, *ex officio*, dessa modalidade de privação cautelar da liberdade individual do cidadão (CPP, art. 282, §§ 2º e 4º, c/c art. 311)", conforme o voto do relator.

4.2.3 Habeas Corpus nº 583.995/MG – Supremo Tribunal de Justiça

De forma a contrapor o exposto acima, no julgamento do Habeas Corpus nº 583.995/MG (Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ acórdão Min. Rogério Schietti Cruz), no qual a Sexta Turma do STJ em 15/9/2020, por 3 votos a 2, decidiu pela possibilidade de conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva, ainda que após a vigência da Lei n. 13.964/2019.

No referido julgamento da 6ª Turma, restou decidido que a conversão do flagrante em prisão preventiva é uma situação à parte, que não se confunde com a decisão judicial que simplesmente decreta a preventiva ou qualquer outra medida cautelar. Para o ministro Rogério Schietti, cujo voto foi acompanhado pela ministra Laurita Vaz e pelo ministro Antonio Saldanha Palheiro, quando há o flagrante, a situação é de urgência, pois a lei imporia ao juiz, independentemente de provocação, a obrigação imediata de verificar a legalidade da prisão e a eventual necessidade de convertê-la em preventiva ou aplicar medida cautelar diversa.

Isto posto, é possível dizer que diante da análise feita é possível dizer que a mais recente jurisprudência dos tribunais superiores diferem em alguns pontos sobre a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz. Como visto, para alguns operadores do direito, a atuação de ofício infringiria as garantias do acusado e o próprio sistema acusatório, no entanto, por outro lado, existe o entendimento de que inúmeras brechas legais garantem que tal mudança não

vigorará no processo penal pátrio e que a atuação de ofício pelo juiz neste aspecto não viola a imparcialidade do julgador e a separação dos poderes.

CONCLUSÃO

Considerando as análises feitas no presente estudo, é imprescindível dizer, de forma primária, que os efeitos da Lei nº 13.964/2019 no âmbito das prisões preventivas não podem ser estudados de forma isolada. Para vislumbrar o real impacto das mudanças avindas de tal legislação, verificou-se, neste trabalho, uma contextualização histórica da evolução da prisão preventiva no país, a análise do trajeto democrático de tal medida, os princípios mais relevantes sobre o tema e, por fim, a verificação da atual jurisprudência sobre o assunto.

Nesse sentido, é possível perceber que por muito tempo houve a ausência de regras específicas quanto à decretação e manutenção desse instrumento jurídico, e tem-se, por resultado, a banalização de uma medida cautelar que impõe a privação máxima da liberdade. Tamanho é o descuido legislativo com a prisão preventiva que essa já pôde ser decretada pelas autoridades policiais.

Nesse sentido, o Pacote Anticrime foi elaborado com o claro objetivo de inserir as medidas cautelares no sistema acusatório, onde reacendeu-se o debate jurídico acerca do dever estatal de, mesmo exercendo seu poder de penalizar o indivíduo que comete crime, salvaguardar seus direitos e garantias previstas no ordenamento jurídico vigente. O tratamento diferenciado promovido por tais alterações busca o efetivo combate ao crime, entretanto, devem ser observados os limites legais, constitucionais, bem como as questões sociais para a efetiva aplicação do ordenamento jurídico penal.

Conforme reiterado neste trabalho, a prisão preventiva é muito importante em nosso sistema processual e deve ser analisada com base na Constituição Federal de 1988 e nos princípios de um Estado Democrático de Direito. No entanto, é importante ressaltar que, mesmo comprovada a sua legalidade, as alterações legislativas promovem discussões oportunas sobre o atual cenário vivido e isso não deve ser coibido em hipótese alguma.

Frente a isso, percebe-se a dimensão da Lei nº 13.964/2019 para o âmbito das prisões preventivas. Com a proibição da decretação de ofício da prisão preventiva pelo juiz, os operadores do direito passaram a emitir decisões e entendimentos sobre a alteração e como exposto no presente trabalho, a atual jurisprudência pende pelo entendimento de que, realmente, não existe hipótese que permita, atualmente, qualquer ativismo por parte do juiz e que a participação do MP ou da autoridade policial, para a decretação desta medida cautelar é

obrigatória. Não se exclui aqui a possibilidade de novas decisões em sentido contrário, é claro, mas verifica-se o atual entendimento dos tribunais superiores nesse sentido.

Diante disso, constata-se a efetiva contribuição da Lei nº 13.964/2019 na concretização do direito à liberdade e às garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Neste momento final, é possível dizer que os resultados aqui apresentados representam um cenário que ainda pode ser modificado, mas que, diante de certa previsibilidade, tende para um dos lados. Como visto, o entendimento atual acerca da alteração dada pelo Pacote Anticrime sobre a prisão preventiva leva a defesa de um sistema acusatório, a proteção dos direitos do acusado e a separação dos poderes do juiz, para, por fim, ter-se um processo mais justo e seguro.

Numa perspectiva final, reforça-se que é primordial aceitar a decretação da prisão preventiva como medida legal e constitucional. Reitera-se, no entanto, que a partir da alteração legislativa as decisões dos tribunais superiores pendem para o entendimento de que a medida feita de ofício não é permitida em nenhuma hipótese.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Disponível em: <http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20de%20los%20Derechos%20Fundamentales-Robert%20Alexy.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Sinopses para Concursos: Processo Penal – Parte Geral*. 9. Ed., vol. 7, rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 08 out. 2017.

_____. Constituição Política Do Império Do Brazil de 1824. Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Palácio do Rio de Janeiro, Registrada na Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brazil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes, 22 de abr. de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 10 out. 2022.

_____. Decreto de 23 de maio de 1821. Dá providencias para garantia da liberdade individual. Palácio do Rio de Janeiro, [S.I] 23 mai. 1821. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-5-1821.htm. Acesso em: 10 out. 2022.

_____. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. [S,I] Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 11 out. 2022.

_____. Lei nº 26 de 3 de dezembro de 1841. Reformando o Codigo do Processo Criminal. Palácio do Rio de Janeiro, Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça, 11 dez. 1841. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm. Acesso em: 11 out. 2022.

_____. Lei de 29 de novembro de 1832. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Palácio do Rio de Janeiro, publicada na Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça, e Sellada na Chancellaria do Imperio, 5 dez. 1832. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm. Acesso em: 11 out. 2022.

_____. Lei 5.349, de 3 de novembro de 1967. Da nova redação ao Capítulo III Título IX do Código de Processo Penal. [S.I] Brasília, DF, 3 nov. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/15349.htm. Acesso em: 08 out. 2022.

_____. Lei 6.416, de 24 de maio de 1977. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688,

de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências. [S.I] Brasília, DF, 24 mai. 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16416.htm. Acesso em: 08 out. 2022.

_____. Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. [S.I] Brasília, DF, 7 ago. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. [S.I]: Brasília, DF, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

_____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. [S.I]: Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma); HC 188888 MG 0098645-73.2020.1.00.0000, (...) a privação cautelar da liberdade individual é sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, razão pela qual, via de regra, incumbe aos órgãos de persecução penal do Estado demonstrar, de forma inequívoca, a presença dos requisitos abstratos — juridicamente definidos em sede legal — autorizadores da decretação da prisão cautelar, eis que — tal como advertem eminentes (...) — jamais se presume a existência, em qualquer caso, independentemente da gravidade em abstrato do crime, dos pressupostos e dos fundamentos a que se refere o artigo 312 do Código de Processo Penal, que — insista-se — hão de ser adequadas e motivadamente comprovados pelo Estado em cada situação ocorrente (...). Relator: Celso de Mello, Data de Julgamento: 06 out. 2020.

_____. Superior Tribunal Federal. Ag.Reg. Na Reclamação 29.303 Rio de Janeiro Conforme noticiado em ofício remetido pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes (eDoc. 277), Relator da Ext 1661, em 04.05.2021, foi homologada a declaração de consentimento de Angel Leopoldo Cabrera e deferida a sua extradição solicitada pelo Governo da Argentina, tendo a referida decisão transitado em julgado em 19.05.2021. Ante o exposto, julgo prejudicado o presente agravo regimental, com fulcro no artigo 21, IX, RISTF. Rel. Min. Edson Fachin. Data de Julgamento: 31 ago. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353222346&ext=.pdf>. Acesso em: 09 out. 2022.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo (13. Câmara Direito Criminal). *Habeas Corpus* nº 2002378-94.2020.8.26.000. Processo Digital. Petições para juntada devem ser apresentadas exclusivamente por meio eletrônico, nos termos do artigo 7º da Res. 551/2011 - Habeas Corpus Criminal - Palmital - Impetrante: Luiz Ronaldo da Silva - Paciente: Jonas do Amaral Neto - Magistrado(a) Luis Augusto de Sampaio Arruda - Concederam a ordem, para revogar a prisão

preventiva do Paciente Jonas do Amaral Neto, deferindo-lhe a liberdade provisória mediante cumprimento das medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I e IV, do CPP, e das obrigações previstas nos artigos 327 e 328, ambos do CPP. Determinaram a expedição de alvará de soltura clausulado. V.U. - Advs: Luiz Ronaldo da Silva (OAB: 196062/SP) - 8º AndarData de julgamento: 03 mar. 2020. Disponível em: [https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_HC_20023789420208260000_cf564.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1667777938&Signature=u2LUSkLfbvnn%2F4ou%2BWY%2BHUuswnU%3D.\(ESSE LINK NÃO TA FUNCIONANDO\)](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_HC_20023789420208260000_cf564.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1667777938&Signature=u2LUSkLfbvnn%2F4ou%2BWY%2BHUuswnU%3D.(ESSE LINK NÃO TA FUNCIONANDO)) Acesso em: 09 out. 2022.

BIANCHINI, Alice. Dicas sobre a Lei Maria da Penha: nova Lei de prisão e medidas cautelares. São Paulo, *Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes*, 4 jul.2011. Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121813985/dicas-sobre-a-lei-maria-da-penha-nova-lei-de-prisao-e-medidas-cautelares-lei-12403-11>. Acesso em: 20 out. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 22. Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 3.Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Djalma Eutínio de. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Forense, 2007.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Brasil: UNICEF, [S, I] [1948]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 8 out. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoria del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. *O que se entende por fumus commissi delicti?*. Jus Brasil. 2011. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121923880/o-que-se-entende-por-fumus-commissi-delicti>. Acesso em: 11 out. 2022.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9 Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Reforma do Processo Penal. In: WUNDERLICH, Alexandre (org). *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. *A (Des) Razão da Prisão Provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LIMA, Marcellus Polastri. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

LIMA, Marco Antonio Ferreira; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. *Prisões e Medidas Libertatórias*. São Paulo: Atlas, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Prisões Cautelares*. 5. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da Instrumentalidade Garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 5. Ed. 2 v. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Direito processual penal*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Pedro Henrique Santana. *Nova reforma do Código de Processo Penal comentada (Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011)*. 1. Ed. Pará de Minas: Editora VirtualBooks, 2011.

PIMENTEL, Irene. O Tribunal Plenário, instrumento de justiça política do Estado Novo. *Blog Jugular*. [S.I.], 23 mar. 2010. Disponível em: <https://jugular.blogs.sapo.pt/1728394.html> Acesso em: 11 out. 2022.

MINAGÉ, Thiago. *Da Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade Provisória: Lei n. 12.403/2011 interpretada e comentada*. São Paulo: EDIPRO, 2011;

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Natal: OWL, 2021.

_____. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. 2. Ed. rev. ampl. Natal: OWL, 2015.

_____. *et al. Jurisdição Criminal: sugestões e análise dos dados do GMF/5R*. Natal: OWL, 2021.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Barbara Cezar Erescov de Sales
discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 3188374-5, período 10º, turma S, tendo realizado o TCC com o título: A Decretação Da Prisão Preventiva De Ofício Pelo Juiz À Luz Da Lei 13.964/2019 sob a orientação do(a) Professor(a) MARCELO LUIZ BARONE declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 09 de novembro de 2022.

DocuSigned by:
Barbara Cezar Erescov de Sales
270BCEF67D2B420...

Assinatura do discente