

PRISÃO ANTECIPADA E SEUS REQUISITOS

ANTONIO RUIZ FILHO
LETÍCIA MENDES RODRIGUES

1. INTRODUÇÃO

A vida, bem mais valioso da humanidade, pressupõe a liberdade de ir e vir, e, também, de ser e agir. Não é sem razão que se diz que a prisão corresponde à morte civil, ainda que temporária.

O Direito Penal, apesar dos avanços civilizatórios, não encontrou meios de impedir condutas antissociais relevantes sem infringir penas corporais de privação da liberdade. Temos de conviver com a possibilidade de prisão, na sua forma cautelar ou para o cumprimento de pena, direcionada a indivíduos considerados nocivos à vida em sociedade, dentro de parâmetros legais e constitucionais, estabelecidos em virtude de determinado contexto histórico, cultural e de costumes.

Como já tivemos oportunidade de salientar¹, “no século passado nunca cessou a discussão sobre a pena de prisão, por muitos estudiosos considerada um atraso, por outros vista com descrédito, sendo, porém, mantida como um mal necessário, na falta de outras medidas que pudessem cumprir o seu objetivo com mais humanidade”.

Na abalizada voz de Roberto Lyra:

Seja qual for o fim atribuído à pena, a prisão é contraproducente. Nem intimida, nem regenera. Embrutece e perverte. Insensibiliza ou revolta. Descaracteriza e desambienta. Priva de funções. Inverte a natureza. Gera cínicos ou hipócritas.²

O Código Penal, nesse cenário, tipifica as condutas proibidas e comina as penas correspondentes à importância dos bens juridicamente tutelados, dedicando-se, inicialmente, a estabelecer os critérios de aplicação dessas penalidades.

O Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece os meios instrumentais capazes de dar concretude à aplicação do Direito, disciplinando, inclusive, a possibilidade de prisão provisória, suas modalidades e cabimento. Mas não deixa de criar anteparos a serem vencidos pela acusação, até que se chegue à certeza processual para afastar a presunção de inocência e permitir a aplicação da pena relativa à condenação em razão dos crimes comprovadamente praticados.

1 RUIZ FILHO, Antonio. “Prisão e Liberdade: Uma Visão Crítica da Atualidade.” *In*: Direito, universidade e a advocacia: uma homenagem à obra do Prof. Dr. René Ariel Dotti/organização de Paulo César Busato, Gustavo Britta Scandelari – Curitiba: Gedai, Universidade Federal do Paraná (URPR), 2021, p. 21.

2 LYRA, Roberto. “Processo e execuções penais”. *In* “Novo direito penal” – Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1971, v. 3, p. 120. *Apud* CASTELLO BRANCO, Tales. “Da prisão em flagrante.”, 4ª ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 1988, p. 2.

Em vista destas garantias, não é demasiado dizer que o processo penal está a serviço da defesa e se presta a antepor os direitos fundamentais do acusado contra o poder repressivo do Estado, ao qual incumbe a proteção social.

Cumpra não olvidar, ademais, que as leis processuais penais não visam a proteger e beneficiar o infrator, mas estão dirigidas a oferecer garantias e proteção eficaz ao inocente, indevidamente alcançado pelas malhas da Justiça criminal – infortúnio a que todos nós estamos sujeitos pelas mais diversas e inesperadas razões, como vítimas de uma injustiça ou de rigores desproporcionais à conduta delituosa eventualmente praticada. E, em relação ao culpado, o compromisso desse aparato de regras procedimentais é impor uma condenação que seja justa, alicerçada em provas lícitas e suficientes, colhidas mediante contraditório por juiz competente, imparcial e independente, com a extensão necessária para o regular exercício da ampla defesa e atenção à paridade de armas.

A prisão para o cumprimento da pena, nos termos da Constituição Federal, deve ocorrer após o trânsito em julgado da condenação, desdobrando-se em questões de execução penal que não serão objeto do nosso exame.

Mas, ao contrário do que falsamente se alardeia até pela imprensa, é, sim, possível prender antes da decisão condenatória definitiva, e a qualquer tempo, para impedir a prática de outros crimes, para proteger a incolumidade do processo e, ainda, garantir a futura aplicação da lei penal, se bem observados os pressupostos para essa excessiva medida de cautela representada por uma prisão provisória, mesmo sem a formação da culpa criminal.

A constatação destas obviedades, certamente maçante para os iniciados, passa a ser útil quando se percebe que há certa prevalência do caráter punitivo em detrimento das regras processuais atinentes a garantir os direitos individuais e a liberdade; mais visão repressiva do que preocupação em cumprir normas emanadas do devido processo legal; maior propensão a estender o encarceramento provisório do que conceder liberdade assistida ou aplicar medidas cautelares alternativas; mais facilidade para conduzir e manter a prisão do acusado ou investigado do que prestigiar a inocência presumida. Não há quem atue como advogado na área penal e não constate, no seu cotidiano, o uso indiscriminado da prisão antes da condenação definitiva desnecessariamente, inclusive, muitas vezes, contra os interesses da coletividade. A nossa Justiça criminal, apesar das garantias legais e constitucionais positivadas, segue impregnada pela cultura da prisão como meio mais adequado de aplacar o crime. E, assim mesmo, a criminalidade remanesce e se expande.

Não é fato que a prisão venha sempre em socorro da sociedade, equívoco que povoa o inconsciente coletivo e recebe chancela da mídia em geral. A superpopulação carcerária, que também resulta da insistente submissão de suspeitos a prisões inúteis e em condições desumanas, assemelhadas aos calabouços da idade média, deve ser uma preocupação de todos. Isto, repita-se, a par dos rigores da legislação para decretar prisões provisórias e, portanto, antecipadas ao julgamento definitivo do mérito da causa,

deveria levar os juízes a serem mais parcimoniosos, relegando decisões nesse sentido à sua intrínseca excepcionalidade.

Privar alguém da liberdade não pode ser trivial. As marcas de uma prisão, ainda que efêmera, são indelévels. O encarceramento prematuro deve ser reservado a casos verdadeiramente extremos, em que outras medidas, comprovadamente, não sejam capazes de cumprir seu objetivo – é isso que impõe a lei. Atualmente, a legislação processual penal é até redundante no sentido de prevenir prisões provisórias evitáveis. A prática forense, todavia, é bem outra, infelizmente.

Por essas razões, frequentamos o pódio, na terceira colocação, entre os países que mais prendem no mundo, e que mais encarceram antes de uma condenação definitiva – algo entre 30 e 40 % da população carcerária do Brasil (mais de 200 mil pessoas) –, apesar da visão disseminada de leniência do nosso sistema penal. E o que é pior: a prisão recai, quase sempre, sobre os menos favorecidos, aprofundando a nossa já dramática desigualdade social.

A importância de trazer estes assuntos à baila, apesar do natural distanciamento da matéria com as preocupações mais frequentes da expressiva maioria das sociedades de advogados, a nosso juízo se deve ao interesse que a questão das prisões provisórias tem suscitado nos últimos tempos. A legislação atinente à prisão antecipada e às hipóteses de concessão de liberdade tem sofrido inúmeras mudanças, além de reveses na jurisprudência, embaraçando até mesmo os profissionais mais experientes entre tantas novidades e interpretações oscilantes dos tribunais.

Assim, o principal objetivo deste artigo é percorrer os temas imbricados com a prisão provisória e os meios de recuperar a liberdade, de maneira que possamos refletir um pouco sobre os graves problemas que afligem quem porventura se envolva com o nosso sistema penal e o seu processo.

2. BREVE NOTÍCIA SOBRE A EVOLUÇÃO LEGAL DA PRISÃO PROVISÓRIA

O Código de Processo Penal de 1941, ainda em vigor (mas que sofreu expressivas modificações ao longo desses anos, especialmente quanto à prisão provisória), previa, originariamente, prisão processual para crimes com pena máxima igual ou superior a dez anos de reclusão, cumpridos os requisitos de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

O art. 313 trazia as hipóteses autorizadoras da prisão preventiva e, também, estabelecia os crimes com relação aos quais a medida era cabível:

Art. 313. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência

da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal: I – Nos crimes inafiançáveis, não compreendidos no artigo anterior; II – Nos crimes afiançáveis, quando se apurar no processo que o indiciado é vadio ou quando, havendo dúvida sobre 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.

Note-se que “ordem pública”, “conveniência da instrução criminal” e “assegurar a aplicação da lei penal” são conceitos que vem perdurando por mais de 80 anos na nossa legislação para permitir prisão preventiva, e que já não se prestam a orientar convenientemente os decretos de segregação cautelar da atualidade, encontrando-se absolutamente desgastados, inclusive por interpretações conflitantes da jurisprudência – isto está na origem de muitos problemas quanto à aplicação da prisão provisória aos casos concretos, em detrimento da regra geral de o acusado responder ao processo em liberdade.

O art. 393, naquela época, também previa a prisão como efeito da sentença condenatória recorrível:

São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança.

Algo assim já não seria possível, a partir do princípio imutável da presunção de não culpabilidade encartado na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LVII).

Com relação à prisão após a sentença de pronúncia, para crimes dolosos contra a vida, o Código de Processo Penal estabelecia:

Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronuncia-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

§ 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomenda-lo-á, na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para a sua captura.

Por força da Lei 5.349/67, que extinguiu a hipótese de prisão preventiva obrigatória ou compulsória, os arts. 312 e 313 passaram a ter a seguinte redação:

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.

Continuava em vigor, contudo, a manutenção obrigatória da prisão em flagrante até o julgamento, salvo hipóteses de crimes afiançáveis em que o acusado se livraria solto.³

3 DELMANTO Jr., Roberto. Liberdade e prisão no processo penal. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 284.

Com o advento da Lei 5.941/73 (conhecida como “Lei Fleury”), aboliu-se a prisão obrigatória após a pronúncia nos casos de competência do Tribunal do Júri e se permitiu apelação em liberdade para os condenados primários e de bons antecedentes:

Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronúncia-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

Em 1977 sobreveio a Lei 6.416, que impossibilitava a manutenção da prisão em flagrante quando não verificados os seus requisitos, e passou-se a aplicar, como fundamento da prisão processual, o rigor da punição cominada ao crime em tese praticado, fosse reclusão ou detenção:

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. (...)

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I – punidos com reclusão;

II – punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III – se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal.

Mas, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a legislação processual penal vem a sofrer modificações significativas, orientadas pela proteção dos direitos fundamentais, emanada do seu emblemático art. 5º – que serve de exemplo para o mundo, ainda que parcela da nossa sociedade, em certa medida, refute a sua importância ou lhe faça reparos.

A partir daí, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, portanto inevitável seria essa nova roupagem na legislação penal processualista.⁴ Desse modo, a presunção de culpabilidade é substituída pela presunção de inocência ou de não culpabilidade, conforme dispõe o inciso LVII, art. 5º da Carta Magna, que segue, a partir daí, orientando as mudanças na aplicação da prisão preventiva.

A prisão temporária, de seu turno, surgiu em 1989, instituída pela Lei 7.960, para, de certa forma, regular a “prisão para averiguações”, prática ilegal, apesar de

⁴ PIOVESAN, Flávia. A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 51/52, n. 51/52, p. 81 – 102, jan./dez., 1999.

disseminada pela Polícia de antanho. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal disciplinou as circunstâncias de sua decretação, impondo barreiras ao abuso do instituto.

A Lei 8.884/94, que dispôs sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica inseriu, entre os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, mais um elemento cautelar para a decretação da prisão preventiva, consubstanciado na “garantia da ordem econômica”.

Na época, reclamava-se a possibilidade de prender provisoriamente o infrator cuja conduta implicasse o desequilíbrio do sistema financeiro nacional, hipótese, todavia, que ficou reservada a casos muito específicos e, portanto, de pouca aplicabilidade. A inclusão de mais um fundamento genérico, entre outros fatores, também contribuiu para descaracterizar o caráter excepcional da prisão processual.

Posteriormente, foi acrescida pela Lei 11.340/06 hipótese de prisão preventiva nos crimes que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei Maria da Penha), com a finalidade específica de garantir a execução das medidas protetivas de urgência:

Art. 42. O art. 313 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV: Art. 313. (...) IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

A Lei 11.689/08 (referente ao procedimento do júri) afastou a prisão automática do antigo art. 408, §§ 2º e 3º, que veio dispor no art. 413, § 3º:

O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

O art. 387, § 1º, modificado pela Lei 11.689/08, revogou o antigo art. 594 do Código de Processo Penal, para estabelecer:

O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

A Lei 12.403/11, que teve por escopo evitar o encarceramento provisório quando não houvesse real necessidade, além de outros avanços importantes, instituiu o Título IX do Código de Processo Penal: “DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA”.

Segundo obra doutrinária do min. Rogério Schietti Cruz:

A nova disciplina normativa introduzida pela Lei nº 12.403/11 deixa claro, entre outras ilações que de sua leitura pode extrair-se, que a prisão em flagrante possui duração efêmera, porquanto em 24 horas após a detenção do autuado o juiz competente receberá o auto flagrancial, e adotará uma das providências indicadas no artigo 310 do CPP, qualquer delas suficientes para desconstituir a prisão efetuada pela autoridade administrativa.⁵

5 Cruz, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas*, 6ª ed., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 243.

O art. 282 e §§ do Código de Processo Penal passa então a estabelecer as diretrizes gerais que deveriam orientar o magistrado na adoção de tais medidas (também aquelas listadas no art. 319 com nova redação), e, ainda, o art. 320 institui a proibição de se ausentar do país, com a decorrente entrega do passaporte.⁶

A mesma Lei, fruto de primoroso trabalho realizado a partir de comissão formada por notáveis processualistas e presidida por Ada Pellegrini Grinover, tratou de estabelecer as hipóteses de prisão com a nova redação dada ao art. 283, *caput*, do Código de Processo Penal:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

As “medidas cautelares diversas da prisão” também surgiram na oportunidade como opções para evitar a segregação preventiva a granel, que, doravante, passaria (ou deveria passar) a ser aplicada, teoricamente, somente nos casos em que tais medidas opcionais à prisão antecipada se mostrassem inadequadas ou insuficientes (relegando a prisão a uma espécie de *ultima ratio*). Repita-se que a regra preponderante da sistemática processual penal pátria, especialmente após à Constituição de 1988, sempre foi responder ao processo em liberdade, mas fato é que esse compromisso firmado pelo soberano poder constituinte foi ficando para trás sob a imprópria necessidade de se combater a criminalidade crescente pelo recrudescimento da prática forense.

Esse conjunto de novas regras processuais implementado pela Lei 12.403/11 deveria ser de grande valia para diminuir a superlotação dos presídios em razão das limitações impostas àquela altura ao uso indiscriminado das prisões provisórias. Mas essas alterações legais não foram capazes de refrear os excessos da segregação cautelar, que continuaram a confrontar o próprio Direito. Ainda agora, prende-se excessivamente como demonstram as estatísticas, mesmo quando tal medida não corresponda à necessidade de cautela social ou se destine, concretamente, à proteção do regular andamento do processo. Frequentemente, confunde-se a gravidade do crime com a gravidade da acusação, o que conduz o acusado à prisão, mediante indisfarçável antecipação da culpabilidade.

As prisões decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, extintas com a reforma de 2008 (Leis 11.689/08 e 11.719/08), foram mais uma vez afastadas pela Lei 12.403/11, mediante a redação então conferida ao art. 283 do Código processual.

Finalmente, na véspera do Natal de 2019 veio a lume a Lei 13.964, implementando profundas alterações ao Código de Processo Penal em vigor, de que vamos tratar mais adiante. Apesar de haver surgido com as discussões em torno do famigerado

6 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. PRADO, Geraldo... [et al.] Medidas cautelares no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 40.

“Pacote Anticrime”, trouxe inúmeros progressos para o nosso processo penal, embora, quanto ao Direito material não tenha ocorrido o mesmo avanço.

A par de tantas mudanças legais, importante mencionar que decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal também provocaram guinadas profundas em relação às prisões provisórias ou antecipadas, conforme abordaremos a seguir.

3. OSCILAÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO À PRISÃO ANTECIPADA PARA CUMPRIMENTO DE PENA

Apenas em 2007, em julgamento sob a relatoria do então min. Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal, para dar consequência ao mandamento erigido a direito fundamental pela Constituição de 1988, firma o entendimento de que não se poderia cumprir pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários, e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 6. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.⁷

Em 2016, quando já estava mais que sacramentado o entendimento anterior da Corte Suprema no sentido de ser proibida a prisão para cumprimento de pena antes de a condenação se tornar definitiva,⁸ o min. Teori Zavascki fez consignar, no julgamento de um *habeas corpus*, que a antecipação da pena não afetaria a presunção de inocência,

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 91333. Relator: Ministro EROS GRAU. SEGUNDA TURMA. Julgado em: 09/10/2007.

8 Isto é frequentemente esquecido, para se considerar que a guinada jurisprudencial foi aquela que ocorreu posteriormente, quando se voltou ao *status quo ante*.

portanto fazendo concluir que seria possível infringir pena de prisão antes do trânsito em julgado para cumprimento de pena:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.⁹

Foi o que bastou para que, a partir dessa única consideração, o princípio da não culpabilidade passasse a ser letra morta, o que foi rapidamente implementado pelos tribunais de todo o país, provocando intenso debate nos meios acadêmicos, e grande número de problemas e injustiças perante todas as instâncias da Justiça criminal. Foram tempos difíceis.

Finalmente, acórdão relatado pelo min. Marco Aurélio Mello, em ação de controle constitucional sobre a validade do art. 283 do Código de Processo Penal, àquela altura tachado de inconstitucional apesar de apenas refletir a presunção de não culpabilidade atrelada ao trânsito em julgado literalmente prevista pela Lei Maior, ainda que tardiamente, volta ao entendimento anterior para proibir a execução antecipada da pena:

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória.¹⁰

A propósito, a criminalidade permaneceu inabalada no tempo em que se professou o entendimento de que era possível impingir o cumprimento de pena na pendência de recurso, interregno em que não apenas os crimes violentos e as facções criminosas, como a corrupção (que foi o mote midiático para o período de alteração), continuaram a existir e vicejar. Em contrapartida, proliferaram as injustiças.

4. MODALIDADES E REQUISITOS DA PRISÃO ANTECIPADA

De pronto é necessário reconhecer que a Lei 13.964/19 implantou definitivamente entre nós o sistema processual acusatório, até então considerado híbrido ante resquícios inquisitoriais. A principal característica dessa sistemática se dá pela imposição de que a atividade jurisdicional seja completamente isenta, equidistante das partes e, sobretudo, inerte em relação à produção das provas e outras providências processuais de ofício, que passam a depender de provocação da acusação ou da Polícia.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 126292. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI. TRIBUNAL PLENO. Julgado em: 17/02/2016.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Relator: Ministro: MARCO AURÉLIO. Tribunal Pleno. Julgado em: 07/11/2019.

Com o advento do “Pacote Anticrime”, o § 2º do art. 282 do Código de Processo Penal, passou a vigorar com a seguinte redação:

As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

Neste ponto, o diploma processual deixa de facultar a decretação de medidas cautelares ao juiz, que passa a depender de iniciativa da parte interessada ou de representação da autoridade policial para decretar a segregação provisória.

O atual art. 311 do Código de Processo Penal também reafirma o princípio do processo acusatório e a impossibilidade de a prisão ser decretada *ex officio*, sendo literal em relação a quem pode ser autor do requerimento: “(...) caberá prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante, ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

No caso de descumprimento de cautelares diversas da prisão, impostas pelo juiz, o § 4º do art. 282 do Código processual permite a prisão preventiva a pedido, mais uma vez deixando claro que assim se procederá apenas “*em último caso*”, sempre reforçando a excepcionalidade da prisão provisória:

No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

Em razão dessa nova sistemática, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva na audiência de custódia, por ato de ofício do juiz, tornou-se ilegal:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. (...) Razão assiste à impetração, uma vez que a Terceira Seção deste Tribunal firmou entendimento no sentido de ser ilegal a conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva (RHC n. 131.263/GO, de minha relatoria, Terceira Seção, DJe 15/4/2021). 2. Ordem concedida para invalidar, por ilegal, a conversão ex officio da prisão em flagrante do ora paciente em prisão preventiva (...).¹¹

O § 5º do art. 282 permite que o juiz revogue a prisão de ofício ou a substitua por medidas cautelares mais brandas e, ainda, que volte a decretá-la “se sobrevierem razões que a justifiquem”, mas a regra geral das cautelares impõe que, mesmo neste caso, haja provocação da parte interessada no sentido de nova decretação, pois, se assim não for, o juiz terá de permanecer inerte, sendo esta mais uma afirmação do sistema acusatório agora sacramentado.

Na sequência, outra mudança essencial sobreveio, a partir da Lei 13.964/19: o § 6º do mesmo art. 282, condiciona a prisão preventiva, que “somente será determinada” (sempre em caráter excepcional) quando não for possível a substituição por outra medida cautelar entre aquelas listadas pelo art. 319, o que “deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 663616/PR. Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. SEXTA TURMA. Julgado em: 15/06/2021.

individualizada”. A recomendação já constava da redação anterior do dispositivo, mas era solenemente ignorada, o que sugeriu o literal e incisivo reforço.

Diante desse novo cenário, a Súmula 21 do STJ¹², que afastava o excesso de prazo da prisão preventiva após a decisão de pronúncia nos casos de competência do Tribunal do Júri, ao que tudo indica e pelo nosso entendimento, tornou-se inválida por afrontar os novos princípios encartados no Código de Processo Penal.

Apesar da polêmica, objeto de rumoroso julgamento perante o Supremo Tribunal Federal para o exame da constitucionalidade do art. 283¹³ – que passou a ser questionada por aqueles que quiseram implantar a prisão para cumprimento de pena antes da condenação definitiva –, após ter a sua redação abreviada pela Lei 13.964/19, no essencial, manteve-se a regra de que a prisão decorre de medida cautelar ou da condenação transitada em julgado. E, em se tratando de prisão provisória, haverá de ocorrer mediante flagrante ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente como imposição de cautela, e jamais como punição antecipada, o que espelha a diretriz emanada da Constituição Federal sobre a presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII).

O tema da **prisão para cumprimento de pena antes do trânsito em julgado**, em que pesem todos os impedimentos e inconveniências que ressaem da literalidade de dispositivos legais e constitucionais, ainda é defendido pelos que veem o Direito Processual Penal e a própria Justiça criminal como instrumentos a serviço do combate ao crime, o que não se coaduna com as funções que lhes são inerentes em virtude de sua natureza jurídica e institucional.

Segundo essa corrente, aguardar o julgamento de todos os recursos, considerados excessivos, para, apenas com o trânsito em julgado da decisão condenatória dar início à fase de execução penal seria anacronismo responsável pela desmoralização da Justiça criminal, provocando prescrições indesejáveis e sentimento de impunidade, isso servindo de incentivo ao incremento do crime.

Utiliza-se como argumento, entre outros tantos de natureza insólita, o direito comparado, para afirmar que essa exigência constitucional, decorrente da presunção de inocência enquanto a condenação não é definitiva, haveria de ser suplantada como meio de enfrentamento à criminalidade. Mesmo que a exigência do trânsito em julgado para o cumprimento da pena representasse um mal a ser extirpado – com o que não concordamos, absolutamente – e que outros países apliquem diferentes alternativas para o início do cumprimento da pena, isso pouco ou nada importa, pois há vedação expressa na Constituição Federal a impedir que se altere essa salutar sistemática.

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 21 do STJ: “Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo da instrução”.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO. TRIBUNAL PLENO. Julgado em: 07.11.2019.

Para proteger os direitos assim considerados fundamentais (em que está inserida a presunção de não culpabilidade do art. 5º, LVII, da CF), o soberano poder constituinte de 1988 blindou a possibilidade de alteração, alçando-os à intocável categoria de cláusulas pétreas, nos termos do que dispõe o art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. Assim, não há possibilidade de mudança, a menos que se instaure uma revolução ou exsurja do Poder Originário uma nova ordem constitucional.

Essa regra é clara e não há como sobre ela tergiversar. Segundo o preceito da presunção de não culpabilidade, a culpa criminal decorre do trânsito em julgado, oportunidade em que a condenação se torna definitiva, de tal modo que quem ainda não pode ser considerado culpado – como parece curial – jamais deve ser conduzido ao cárcere para o cumprimento de pena, passível de ser alterada ou cancelada pelo julgamento dos recursos aos tribunais superiores, situação em que não se poderá devolver ao injustiçado o tempo de expiação indevidamente já cumprido.

O nosso sistema processual, assim como está organizado, se apresenta orientado por lógica meridiana e indeclinável racionalidade: antes do trânsito em julgado, prende-se preventivamente quando é absolutamente necessário e em superação à regra da liberdade no curso do processo; após o trânsito em julgado da decisão condenatória inicia-se o cumprimento da pena.

Consideramos que parte expressiva desse debate em torno da chamada “prisão em segunda instância” se deve a indesejável utilização do Direito Penal e do seu processo para proselitismo político e ideológico, o que não ajuda a atenuar a escalada do crime e sempre nos afasta de providências que realmente poderiam interagir com as verdadeiras causas do incessante avanço da criminalidade.

A alegação de que o sistema vigente deveria ser modificado para se evitar a prescrição também é pueril, pois essa modalidade de ocorrência extintiva da punibilidade não se resolve pela mudança do momento de início do cumprimento da pena em prejuízo de direitos fundamentais, mas pelo combate à morosidade da nossa Justiça, o que está entre as suas piores mazelas. Não se evita a prescrição pela supressão de direitos fundamentais, mas pela criação de estratégias que possam dinamizar a prestação jurisdicional. Acelere-se o processo; busque-se maneiras de tornar os procedimentos mais eficientes sem retirar direitos do acusado, o que é perfeitamente possível. Trabalhe-se pela implantação de melhor dinâmica na administração da Justiça, como já sugerimos,

(...) dotando-a de meios mais eficientes, e agindo para o afastamento de certos anacronismos, de que são exemplos a apelação com a interposição sem as razões para só depois serem apresentadas; a exigência de parecer do Ministério Público nos recursos provenientes de ações penais em que já oficie como parte; a supressão de exigências que limitam o conhecimento de recursos aos tribunais superiores, ocasionando a interposição de novos recursos e a impetração de seguidos habeas corpus etc.¹⁴

Há muito a ser feito, sem contrariar direitos e garantias inerentes à defesa, submetendo ao cumprimento de pena quem ainda não foi considerado culpado definitiva-

14 RUIZ FILHO, Antonio. *Op. Cit.*, p. 28.

mente, e pode ter a sua condenação revertida pelos tribunais superiores, mesmo depois do julgamento desfavorável da apelação.

O recém-criado § 2º do art. 313, que afasta qualquer dúvida a esse respeito, determina: “Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”.

Portanto, a tentativa de modificar essa salutar sistemática, produto da nossa cultura jurídica ordinária e constitucional, é inglória, não apenas porque confronta o nosso aparato jurídico, mas, também, porque não tem serventia prática, antes tomando o lugar de providências bem mais eficientes para conter o crime.

No bojo da Lei 12.403/11, deu-se nova redação ao art. 310 do Código Processual Penal, de sorte a estabelecer que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, ao invés de apenas atestar a sua formalidade e homologar a prisão (como era a praxe), a partir de então, deveria fundamentadamente relaxá-la, à vista de defeitos formais na sua constituição, convertê-la em preventiva ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Desde então, o juiz, ao receber a comunicação da prisão em flagrante, passou a ter obrigação legal de ser proativo, e a partir do conhecimento sobre a prisão do suspeito adotar uma das alternativas da lei. Essa alteração legal não foi suficiente, apesar do direito de o preso em flagrante ser levado, pessoalmente e sem demora, à presença da autoridade judicial para ser avaliada a legalidade de sua prisão ser previsto em tratados internacionais dos quais o Brasil à época já era signatário.¹⁵

Foi então que, em 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sob a presidência do min. Ricardo Lewandowski, baixou a Resolução 213 para disciplinar administrativamente as audiências de custódia. Antes disso, estava normalizada a conduta de deixar o preso provisório até por vários meses esquecido no cárcere, sem que se fizesse uma análise mais detida da real necessidade da prisão, o que vinha a acontecer, muitas vezes, apenas na primeira audiência de instrução processual.

A implementação das audiências de custódia constitui-se em singular avanço para a proteção dos direitos do preso cautelar, propiciando maior controle sobre a necessidade e adequação do encarceramento prematuro, ao mesmo tempo possibilitando que se fiscalizasse o uso desproporcional de força na execução das prisões ou mesmo a tortura para extrair confissões durante a autuação em flagrante.

Com o advento da Lei 13.964/19, a audiência de custódia foi finalmente integrada ao Código de Processo Penal, podendo ser definida como a apresentação do preso sem demora após o flagrante (e de prisões preventivas ou temporárias) ao juiz das garantias, juntamente com um defensor e o Ministério Público¹⁶. A nova lei também

15 CAPEZ, Fernando, Curso de processo penal – 27. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 541.

16 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2020, p. 1015.

consignou as condutas a serem adotadas pelo juiz no momento da realização desse importante ato judicial:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - 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;

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.

Conforme a redação do supramencionado § 4º, torna-se imediatamente ilegal toda prisão em que, transcorrido o prazo de 24 horas, a pessoa não seja apresentada à autoridade judicial. Contudo, nesse ponto, cabe salientar que o min. Luiz Fux concedeu liminar, nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, para suspender sua eficácia, sob o fundamento de que a imposição de tal prazo pode ser inviável para muitas Comarcas brasileiras, em face das dificuldades regionais e logísticas.¹⁷

Apesar do fundamento utilizado para suspender a vigência da nova regra, a redação do dispositivo também assegura que a não realização da audiência de custódia no prazo estipulado enseja a nulidade da prisão “apenas” em casos para os quais não haja motivação idônea. Portanto, a suspensão liminar não se sustenta, pois não há nenhum problema a ser detectado no mencionado § 4.º, a ponto de ser suspenso¹⁸. Agora caberá ao Plenário da Corte decidir o mérito da questão nas ações que aguardam julgamento.

Em razão dessa nova sistemática processual, a **prisão em flagrante delito**, que já ocupou lugar de destaque na legislação processual penal, a partir do advento das

17 A mesma liminar suspendeu o que já estava suspenso pelo Presidente do Tribunal em relação ao juiz das garantias, mas, sem qualquer razão, incluiu o art. 3º-A: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

18 NUCCL, Guilherme de Souza Curso de direito processual penal. 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 988.

audiências de custódia, passou a ter duração efêmera, de algumas horas, até que o preso seja levado à presença do juiz.

O flagrante, que deve cercar-se de todas as formalidades previstas nos arts. 302 a 306, logo será relaxado à vista de alguma desconformidade ou vício na sua constituição; substituído por medidas cautelares diversas da prisão¹⁹ (art. 310 c.c. art. 319); convertido em prisão preventiva (quando presentes os requisitos dos arts. 312 e 313) ou temporária (Lei 7.960/89); ou concedida a liberdade provisória²⁰, com ou sem fiança (arts. 321 a 350).

Relaxar a prisão significa reconhecer a ilegalidade ou nulidade da restrição da liberdade imposta a alguém, de tal modo que a prisão, por exemplo, nos casos de flagrante preparado ou forjado deve ser imediatamente relaxada. Ressalta-se que o relaxamento abrange também as outras modalidades de prisão, podendo ser aplicado às hipóteses de prisão preventiva, *u.g.*, decretada por juiz incompetente; prisão para apelar ou em virtude de decisão pela pronúncia; prisão temporária além do prazo preestabelecido na lei etc.²¹

Porém, antes disso, a autoridade policial, excepcionalmente e apesar do princípio *in dubio pro societate*²², pode recusar-se a ratificar a voz de prisão emitida pelo condutor, caso em que o conduzido “livra-se solto” ou, nos casos de infração provisoriamente imputada pelo Delegado de Polícia, cuja pena máxima não seja superior a quatro anos (arts. 304, § 1º e 309), pode arbitrar fiança no valor de 1 a 100 salários-mínimos, nos termos do art. 322 do Código de Processo Penal.

A **prisão preventiva**, por sua vez, passou a ser a modalidade de prisão mais em voga, sendo possível a sua decretação desde que presentes o *fumus commissi delicti*, representado pela presença de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, e o *periculum libertatis*, pelos motivos alternativos (e, portanto, não cumulativos) que sustentam a sua decretação: a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, mas não só (*vide* todas as demais condições estabelecidas pelos arts. 313, 314 e 315 do CPP).

Neste ponto, cabe destacar, uma vez mais, que os critérios legais autorizadores da prisão preventiva do art. 312, há muito tempo, vêm sendo desvirtuados, inclusive pela jurisprudência, de modo que se tornaram insuficientes, perigosamente fluidos, desprovidos de substância e dissociados do seu verdadeiro sentido e conteúdo.

Há necessidade de novos paradigmas legais para a decretação de prisões preventivas, em lugar daqueles previstos no art. 312. Conceitos menos abertos e de fácil apuração prática, para evitar que o juiz, ao decretar a perda da liberdade de alguém,

19 A liberdade provisória poderá ser revogada se descumpridas as condições estipuladas pelo juiz.

20 A expressão legal é merecedora de críticas, pois provisória é a prisão, à vista de que a liberdade é a regra.

21 LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.*, p. 1012.

22 CAPEZ, Fernando. *Op. Cit.*, p. 539

tenha, nesse campo, elevada margem de discricionariedade. Quantas injustiças poderiam ser evitadas se os critérios legais de decretação da prisão preventiva fossem mais objetivos... Já passou da hora de rever esses critérios²³, apesar dos novos requisitos que avançaram no controle de decisões dessa magnitude.

Ainda se incluiu no art. 312 um novo pressuposto para a prisão preventiva. Além de “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”, passou a ser necessário demonstrar, também, o “**perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado**”.

O conceito de *perigo pelo estado de liberdade* é vago e, por essa razão, vai gerar dificuldades para a sua correta aplicação, até que se estabilize na jurisprudência uma interpretação razoável. Como frisamos anteriormente, seria mais adequado que os pressupostos da prisão preventiva fossem objetivos e de fácil cognição.

Ademais, criou-se o § 2º para o art. 312 do Código de Processo Penal, cuja redação, além do “perigo” para caracterizar a necessidade de prisão preventiva, veio positivar alguns elementos que apareciam na doutrina e na jurisprudência: “(...) a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e **existência concreta de fatos novos e contemporâneos** que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

Assim, a previsão de *perigo pelo estado de liberdade*, em combinação com a necessária *existência concreta de fatos novos e contemporâneos*, demonstra que o “perigo” a que se refere a Lei deve ser também impeditivo da realização dos fins do processo, que ficariam sob risco se o infrator estiver livre e prestes a cometer novos crimes (por exemplo, com a comprovada execução de atos preparatórios), prejudicar a coleta das provas ou adotar conduta que sinalize que pretenda empreender fuga. Tais circunstâncias não podem decorrer de presunção ou mera probabilidade, mas o exigido *perigo* deve estar amparado em *fatos novos, concretamente demonstrados e contemporâneos*.

Fato contemporâneo, pelo nosso entendimento, é aquele que está ocorrendo no momento da prisão ou subsiste no tempo desde a sua decretação. Assim, se o infrator está solto por ausência da necessidade de cautela, apenas um novo fato, provado, haverá de permitir o encarceramento prematuro. Mas, ao contrário, se estiver preso, a sua manutenção no cárcere haverá de estar concretamente amparada por elementos que possam influir no tempo presente, de forma que os fatos primitivos que geraram o decreto inicial não são válidos para a manutenção da prisão cautelar se os seus efeitos tiverem cessado ou esvaído pelo decurso dos dias ou, ainda, pelo esgotamento dos meios utilizados ou dos objetivos da ação criminosa, assim perdendo a característica de contemporaneidade.

Ainda para ser decretada a prisão preventiva, há limites de incidência que deverão ser observados pelo juiz (art. 313), de que não é cabível para crimes culposos

23 RUIZ FILHO, Antonio. *Op. Cit.*, p. 29.

e, em se tratando de conduta dolosa, a pena máxima privativa de liberdade do crime imputado deverá superar quatro anos:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (...).

O § 1º do art. 313 estabelece outras hipóteses para a decretação da prisão preventiva:

Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Na sequência, o § 2º do art. 313 traz proibições importantes, e que também rechaçam a possibilidade de prisão antecipada para cumprimento de pena (não custa repetir):

Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

O art. 314, como é de rigor, proíbe a prisão preventiva nas hipóteses de exclusão da ilicitude do art. 23 do Código Penal: estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito.

O *caput* do art. 315 impõe que “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada”. Aqui, novamente, a aparente redundância, entre os vocábulos “motivada” e “fundamentada”, a nosso sentir, quer significar que é necessário apontar elementos concretos de prova, motivos confirmados, assim como será imprescindível amparar a decisão em dispositivos legais que permitam a medida de força excepcional mediante adequada fundamentação.

O § 1º do art. 315 repete o binômio “fatos novos ou contemporâneos”, cuja redundância explicita o desejo do legislador de tornar essa necessidade bastante evidente como exigência de confirmação da legalidade da medida excepcional de prisões provisórias, de modo a evitar, definitivamente, decisões desmotivadas ou calcadas em fatos que já não a justifiquem.

Por todos esses severos condicionamentos, o decreto prisional provisório não fundamentado, mal fundamentado ou inadequadamente fundamentado, haverá de ser considerado nulo e libertado o seu destinatário.

O novo § 2º do art. 315 reproduz o art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil, que trata dos elementos essenciais à regularidade das decisões judiciais em geral. Trata-se de verdadeiro rol de obviedades, que seria até desnecessário, não fosse o grande

número de prisões provisórias decretadas sem fundamentação adequada, idônea ou suficiente para medida de especial gravidade e extravagância, excepcionalíssima por natureza, cujos prejuízos são perenes em casos de injustiça. Sempre devemos ter em mira que se trata de privar alguém de sua liberdade, maior bem depois da própria vida.

Não é necessário transcrever os incisos do § 2º do art. 315 do Código de Processo Penal, sendo suficiente dizer que a decisão prisional que contenha algum daqueles defeitos e vícios há de ser prontamente invalidada e cassados os seus efeitos.

Mediante o art. 316 do Código processual permite-se a revogação da prisão preventiva, de ofício ou a pedido, quando o juiz “verificar a falta de motivo para que subsista”, mas, por óbvio, quando o mesmo dispositivo parece permitir que o juiz tenha a faculdade de “novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”, não autoriza o magistrado a agir sem provocação da acusação ou da Polícia, isto pelo que dispõem os arts. 3º-A (este com vigência liminarmente suspensa), 282, § 2º e 311, do mesmo Código.

Como se verifica, de ofício e a qualquer tempo, o juiz pode e deve revogar a prisão que se torne desnecessária ou abusiva, mas uma nova decretação sempre estará na pendência de novo requerimento ou representação, e sob severa análise de suficiente motivação e fundamentação.

O parágrafo único do art. 316 criou regra de especial interesse:

Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

A necessidade de revisar o despacho que deu origem à prisão preventiva, como se observa da literalidade da nova regra processual, deve ser promovida de ofício (ou seja, espontaneamente pelo juiz), e o descumprimento dessa obrigatória revisão gera a ilegalidade do decreto prisional, com a consequência lógica de que a prisão seja imediatamente relaxada.

A regra é objetiva e não comporta, ou não deveria comportar, “interpretações” dissociadas do seu texto expresse. Afinal, *in claris cessat interpretativo*.

Contudo, lamentavelmente, o plenário do Supremo Tribunal Federal sepultou a eficácia do novo e utilíssimo dispositivo. Ao julgar *habeas corpus*²⁴, manifestou contrariedade à soltura de notório traficante, solto liminarmente por decisão monocrática do então min. Marco Aurélio Mello, “unanimemente” vencido ao considerar a prisão preventiva nula pela falta de despacho revisional de manutenção pelo juiz da causa, ultrapassado o prazo de 90 dias²⁵, liminar esta, concedida e fundamentada nos estritos termos da lei nova.

24 Posteriormente a tese foi confirmada no julgamento de outras ações.

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 191.836. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Julgado em: 23/11/2020. Lê-se na ementa: “[...] 4. Reafirma-se, portanto, a posição do PLENÁRIO desta SUPREMA CORTE, no sentido de que o transcurso do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal não acarreta, automaticamente, a revogação da prisão preventiva e, consequentemente, a concessão de liberdade provisória. 5. Habeas corpus indeferido.”

Os votos vencedores convergiram no sentido de que a nulidade do decreto prisional, ante a inércia do juiz e passados os 90 dias não é “automática”, dessa forma retirando do novel dispositivo o que nele havia de eficácia para combater as alongadas e abusivas prisões preventivas.

Constrange verificar que a nossa Corte Suprema, pelo seu órgão máximo²⁶, decidiu desfazer-se da nova regra, que veio em socorro de inúmeras prisões provisórias por tempo indefinido, assim agindo para atender ao que considerou ser descabido para um único caso, em detrimento da pleora de situações em que o dispositivo legal recém inserido na dogmática processual penal teria inquestionável serventia, não importando se para réus pobres ou ricos, perigosos ou não – a lei é para todos.

A prevalecer o comando do dispositivo e o efeito de anulação da prisão antes decretada, indubitado que isso demandaria dos juízes maior responsabilidade pela privação da liberdade de pessoas sem culpa formada, cujo efeito prático, por óbvio, haveria de ser altamente benéfico.

Conforme o nosso firme convencimento, mesmo depois de conhecer e estudar os fundamentos das decisões em contrário adotadas pela Corte Suprema, o prazo de 90 dias deveria ter significado bem mais abrangente que simples renovação de sua validade, para afirmar ser este **o novo limite temporal de duração da prisão preventiva**. Infelizmente, perdeu-se essa grande oportunidade de arejar a nossa Justiça criminal.

Por meio de editorial, o jornal O ESTADO DE S. PAULO de 15.03.2022, sob o sugestivo título “A banalização da prisão preventiva”, fez severas observações sobre o tema:

Mais de 30% da população carcerária é composta por presos provisórios, que tiveram sua liberdade restringida por força de uma ordem de custódia temporária. Entre outros fatores, esse porcentual revela uma Justiça excessivamente lenta para julgar, mas especialmente ágil para tirar a liberdade com base em elementos provisionais. Para piorar, muitas dessas prisões temporárias acabam por perder seu caráter de provisoriedade, em razão do longo tempo transcorrido. (...) o Supremo fixou entendimento de que a ausência da reavaliação da prisão preventiva no prazo de 90 dias não implica a revogação automática da medida, devendo o juízo competente ser acionado para analisar a legalidade e a atualidade dos fundamentos da prisão. Não se pode questionar, por certo, a razoabilidade da orientação do Supremo. No entanto, deve-se advertir que a Lei 13.964/2019, cuja redação não conflita com a Constituição, diz o exato oposto. Ou seja, o STF abrandou uma exigência definida pelo Legislativo em razão de preferir outra solução. (...) Que o novo entendimento do Supremo não anule os propósitos civilizatórios e constitucionais da Lei 13.964/2019. Prisão preventiva deve ser fundamentada e, por ser temporária, exige renovação periódica da sua fundamentação. Esses requisitos não colocam em risco a segurança pública, apenas requerem que o MP e a magistratura cumpram seus respectivos deveres.

Revisar significa passar em revista, rever, reexaminar os elementos antes considerados para o decreto primitivo da prisão preventiva. A partir da excepcionalidade da segregação cautelar, expressa de forma abundante nos dispositivos da Lei 13.963/19 e que passaram a integrar o Código de Processo Penal, essas prisões finalmente devem ser reduzidas ao mínimo necessário, para que, de uma vez por todas, cessem os abu-

26 Não se desconhece que, antes disso, já havia algumas decisões monocráticas no mesmo sentido, e que foram até citadas no acórdão em que se afirmou esse entendimento, que consideramos divorciado do exposto conteúdo da norma.

sos, não apenas quanto à utilização dessa agressiva medida de força, de certa forma banalizada, mas, também, contra a sua duração por prazo excessivamente dilatado, o que acontece especialmente quando se trata de réus pobres e menos assistidos.

É inexorável reconhecer que se está diante de novos paradigmas para a decretação de uma prisão antes da definitiva formação da culpa, quando a lei nova proíbe o juiz de prender como ato de ofício; que mesmo em atenção a requerimento ou representação, em casos de *urgência ou perigo*, deverá *justificar e fundamentar* sua decisão para conter elementos *concretos e contemporâneos*, que atendam à excepcionalidade da medida de força (arts. 282, § 3º, 312, *caput* e § 2º, do CPP); quando a prisão cautelar é expressamente relegada a ser aplicada “em último caso” (art. 282, § 4º); quando a aplicação da cautela prisional passa a ser possível apenas mediante o afastamento “justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada” de outras medidas cautelares dispostas no art. 319 do Código de Processo Penal (art. 282, § 6º); quando se exige que o preso seja levado à presença do juiz para audiência de custódia no prazo máximo de 24 horas, oportunidade em que se verificará se é caso de manter a prisão (art. 310 do CPP); quando se impõe que o juiz avalie se o fato não está acobertado por excludentes de ilicitude (art. 310, § 1º); quando se acresce aos pressupostos da custódia cautelar o “perigo gerado pelo estado de liberdade”; quando há exigência de que a prisão preventiva seja motivada e fundamentada “em receio de perigo e existência concreta de fatos novos e contemporâneos” que a justifiquem (art. 312, e § 2º, e 315, § 1º, do CPP); quando fica expresso que não será admitida a prisão cautelar como “antecipação de pena” ou como “decorrência” do desencadeamento das fases processuais (art. 313, § 2º, do CPP); quando, ainda uma vez mais, afirma-se que “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada” (art. 315 do CPP); quando fica expressamente exigido, repetidamente, que o juiz deverá indicar concretamente “a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada” (§ 1º), seguindo-se um “roteiro” de ilegalidades que o juiz deve evitar para que sua decisão seja considerada válida e adequadamente fundamentada (§ 2º).

A partir de todas essas exigências expressas na Lei 13.964/19 e que passaram a integrar o nosso Código de Processo Penal, não faz o menor sentido permitir prorrogação da prisão preventiva para além dos 90 dias – cuja provisoriedade aponta para a necessidade de que a sua duração seja rápida, breve, passageira, precária –, derivada de simples renovação ou mera ratificação da decisão cautelar anterior e que, contra o que expressa o disposto em questão, o juiz tenha de ser instado a decidir pela renovação ou desnecessidade.

Nesse contexto de expressa excepcionalidade, depois de afastada a possibilidade da aplicação do rol de todas as outras medidas cautelares previstas pelo art. 319 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá perdurar por 90 dias. E, ao final desse prazo deverá ser criteriosamente revisada em relação à necessidade de sua manutenção, mediante decisão espontânea (ou provocada, com quer o STF), devidamente motivada e fundamentada, além de novamente afastada a possibilidade

de substituição por medidas cautelares alternativas de menor impacto, sob pena de, assim não procedendo o juiz, tornar-se a decisão ilegal por escapar às regras de estrita excepcionalidade e de perigo atual, aqui ainda mais exigentes por se tratar de ato revisional obrigatório depois de considerável *lapse* temporal. E, isto, sem olhar para a capa dos autos, para ver de quem se trata o preso, sob pena de aplicação seletiva e odiosa, que faria desaparecer o significado legal e isonômico da medida.

Haverá questionamento se isto – a cega aplicação da lei –, não irá permitir a liberdade de gente perigosa e que deveria ser mantida segregada para a proteção da sociedade. Esse risco não existirá se os juízes criminais cumprirem a obrigação que se lhes incumbe o parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal, o que é perfeitamente possível e esperado da nossa responsável magistratura.

Veja-se que não se trata, absolutamente, de simples renovação, mediante despacho singular, de que é necessário manter a prisão porque assim deve ser, mas de nova decisão cautelar, sob critérios legais bastante severos e de aplicação cogente.

Os mais antigos hão de se lembrar que por muito tempo a duração da prisão provisória, assim considerada pela doutrina e maciça jurisprudência, era de 81 dias²⁷. Ao final desse período, mesmo sem a força de lei expressa, a soltura era praticamente automática e imediata, considerando-se abusiva a prisão sem culpa formada que fosse além desse tempo razoável.

Com o passar dos anos esse limite temporal foi sendo abandonado por critérios utilitaristas, de maneira que, mesmo depois da Lei 13.964/19, continuam a existir situações teratológicas de prisões provisórias de muitos meses e até de vários anos, inclusive antes de um primeiro julgamento de mérito, algo com o que não podemos coonestar.

Havia urgência em acabar com essa escandalosa usurpação da liberdade alheia, frequentemente apoiada numa falsa proteção social. Ante esse contexto, a decisão do STF, ao mitigar os efeitos do descumprimento da regra de revisão obrigatória, representou retrocesso a ser o quanto antes superado.

A determinação desse prazo de três meses, que não é diminuto ou insuficiente, há de ser compreendida e recepcionada em respeito à presunção de inocência, e às demais regras do devido processo legal, e em atenção a todas essas novas diretrizes legais atinentes às medidas cautelares, e mais propriamente, em relação à prisão preventiva, para salvaguardar os direitos individuais e a necessidade de respeito à dignidade humana e a seu inerente *status libertatis*.

A liberdade é da natureza humana, e a sua excepcional privação merece ser tratada com o máximo rigor, mais ainda se a decisão nesse sentido é provisória e sem a

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 78978/PI. Relator: Min. NELSON JOBIM. Segunda Turma. Julgado em: 09/05/2000. “HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EXCESSO DE PRAZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. O prazo para encerramento da instrução criminal conta-se separadamente. Precedentes. A demora na formação de culpa, excedendo os 81 dias, sem motivo dado pela defesa, caracteriza constrangimento ilegal. Habeas deferido.”

culpa penal estabilizada por uma condenação definitiva, avalizada pelo cumprimento de todas as regras que informam o devido processo legal.

Essas prisões provisórias que se eternizam no tempo e em tudo se assemelham a cumprimento antecipado de pena sem julgamento de mérito com trânsito em julgado, agora expressamente proibidos na lei, devem ser varridas da nossa história forense, por ser algo que envergonha o sistema de Justiça criminal brasileiro. Nunca é ocioso repisar: prisão é coisa séria, provoca chagas profundas em quem quer que seja submetido a tal privação. Destruturou famílias, destrói carreiras e aniquila reputações. Amesquinha e embrutece o ser humano. Não pode ser aplicada com tanta facilidade, como vem sendo até agora e de longa data.

O prazo da prisão preventiva, se vencidos todos os anteparos que a consideram como medida de extrema excepcionalidade, afastadas outras cautelas previstas pelo art. 319, e por despacho com requintes de motivação, deve ter duração máxima de 90 dias. Ao final desse prazo, o que era, de início, medida de excepcionalidade extrema, a ser decretada “em último caso” (art. 282, § 4º, do CPP), passa a ser de difícil sustentação, a não ser diante de circunstâncias especialíssimas, verdadeiramente diferenciadas, estrepitosas, que indiquem uma extrapolação permitida e ainda mais excepcional e até anômala, a ser concretamente motivada.

Se a decisão original de prisão preventiva, ante a nova sistemática, há de ser motivada e fundamentada, com o apontamento de fatos que determinem urgência, perigo e contemporaneidade (art. 282, § 3º, 312 e 315, § 1º, do CPP), e, ainda, com os rigores estabelecidos por vários dispositivos de contenção, especialmente pelo art. 315, § 2º, I a IV, do diploma processual, o que se dirá em relação ao despacho que decide pela sua revalidação depois de três meses de duração?

É razoável entender que, nesse interregno de 90 dias, o Estado-acusação tenha movimentado a sua estrutura para encontrar elementos novos e contemporâneos que possam justificar a manutenção da medida extraordinária pelo juiz, se esse for o caso, novamente tendo de afastar aquelas possibilidades diversas da prisão de que trata o art. 319, ante a sua demonstrada insuficiência mesmo depois desse prazo.

Ainda, o descumprimento dessas novas regras legais, mediante a comprovação do exigido dolo específico, deverão ser enquadradas como crimes de abuso de autoridade (art. 1º, *caput*, §§ 1º e 2º, da Lei 13.869/19²⁸), sendo responsabilizado penalmente o juiz que decretar privação da liberdade em evidente desacordo com as hipóteses legais (art. 9º, *caput*) ou que dentro de prazo razoável deixe de relaxar prisão manifestamente ilegal (art. 9º, I), de substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível (art. 9º, II).²⁹

28 Não há possibilidade de incriminação do juiz por “crime de hermenêutica”, risco que foi expurgado da Lei até em excesso, assim dificultando o próprio enquadramento penal do abuso de autoridade.

29 RUIZ FILHO, Antonio. “Abuso de Autoridade e sua Criminalização. Conduta Juiz e Crime de Hermenêutica. Atuação do Advogado e

Tudo isso, ao contrário das críticas que sempre virão, elevará a qualidade da nossa Justiça criminal, que se tornará, quando necessário manter o criminoso perigoso preso, mais célere e eficiente, em prol da proteção social e do respeito aos direitos individuais, garantidos a partir da Constituição Federal.

A **prisão domiciliar**, disposta nos arts. 317 a 318-B do Código de Processo Penal, ao contrário do que se pensa, não é um prêmio ao infrator ou condição de fácil permanência. Basta lembrar do sacrifício a que todos nós fomos submetidos pelo recolhimento domiciliar obrigatório por força do coronavírus. Estabelecida originalmente para pessoas em condições especiais, percebe-se que tem servido, também, como paliativo para o encarceramento preventivo, como se fora mais uma alternativa à prisão provisória cumprida nos espaços insalubres do nosso sistema penitenciário.

A **prisão temporária** é a modalidade de prisão cautelar que tem por finalidade assegurar a investigação criminal quando estiverem sendo apurados os crimes expressamente elencados na Lei 7.960/89 e foi idealizada para substituir, legalmente, a prisão para averiguação, como antes observado, antiga prática utilizada pela Polícia para “auxiliar” nas suas investigações³⁰, mas proibida pela Constituição de 1988 ao prever em seu art. 5º, LXI, que somente a autoridade judiciária competente, por decisão escrita e fundamentada, está autorizada a expedir ordem de prisão, excepcionados o flagrante delito e a transgressão militar.

O art. 1º da mencionada Lei prevê as hipóteses de cabimento da prisão temporária, “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” (inciso I); e “quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade” (inciso II), devendo tais condições serem associadas ao fato de existirem fundadas razões (provas) de autoria ou participação do suspeito nos seguintes delitos (inciso III), além de listar os crimes que comportam a sua aplicação:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940) g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940) h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940) i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986). p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Violação Criminosa das Prerrogativas Profissionais.” In: A Nova Lei de Abuso de Autoridade/organização de Gabriel Marciliano Junior, Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa e Maria Odete Duque Bertasi – Leme: Imperium Editora, 2020, p. 287/308.

30 NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 940.

Acrescente-se, ainda, que o art. 2.º, § 4.º, da Lei 8.072/90, possibilitou a decretação da prisão temporária a todos os crimes hediondos e equiparados; logo, os tipos penais indicados nos arts. 1º e 2º da referida Lei também integram o rol acima mencionado.³¹

Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal, nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.109 e 3.360, por maioria de votos, estabeleceu critérios mais rígidos para a decretação da prisão temporária e fixou entendimento de que seu uso exige a cumulação dos requisitos a seguir listados: a) for imprescindível para as investigações do inquérito policial, constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito à não autoincriminação, ou quando fundada no mero fato de o representado não ter residência fixa; b) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado, nos crimes descritos no art. 1º, inciso III, da Lei 7.960/1989, vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto; c) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida e d) for adequada à gravidade concreta do delito, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado; e) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal (CPP).³²

A relatora, min. Cármen Lúcia, considerou que a previsão legal da prisão temporária é “cabível apenas na fase investigativa, tem requisitos estritos e está em sintonia com os princípios constitucionais das custódias cautelares”.³³

A **condução coercitiva**, prevista no art. 218 do Código de Processo Penal, é dirigida a testemunhas, e o art. 260 a conduzir investigados e suspeitos a interrogatório “sob vara”, ambas com seu cabimento atrelado a intimações anteriores não respondidas. Em relação a esta última, a Suprema Corte decidiu “declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório”.³⁴ Afinal, ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).

Em relação aos **crimes de menor potencial ofensivo**, de que trata a Lei 9.099/95, e aos quais se agrupam as condutas contravencionais (Lei 3.688/41), nos termos do art. 69, parágrafo único da Lei dos Juizados Especiais, não admitem prisão em flagrante nem fiança, mediante o compromisso de comparecer aos atos designados perante o Juizado Especial Criminal. Em casos de violência doméstica, poderá ser adotado, como medida de cautela, o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.³⁵

31 *Ibidem*, p. 954/955.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade 4.109 e 3.360. Relatora: Ministra CÁRMEN LÚCIA. TRIBUNAL PLENO. Julgado em: 14.02.2022.

33 *Ibidem*.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento de Preceito Fundamental 395 e 444. Relator: Ministro GILMAR MENDES. TRIBUNAL PLENO. Julgado em: 14/06/2018.

35 Cabe referir que em caso violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência,

Há, ainda, a possibilidade de **prisões disciplinares destinadas a militares**, além de **prisões civis** admitidas pelo art. 5º, LXII, da Constituição Federal, que, excetuando prisões por dívida, ressalva a prisão do devedor de pensão alimentícia³⁶ e do depositário infiel – esta última invalidada por decisão do Supremo Tribunal Federal, em atenção ao Pacto de José da Costa Rica que a proíbe, e do qual o Brasil é signatário.³⁷

Para encerrar este capítulo, cabe bem a ponderação do renomado criminalista Tales Castelo Branco:

Podemos crer, sem excesso de otimismo, que as subtrações antecipadas da liberdade humana serão proscritas dos códigos civilizados bem antes da imaginação humana haver encontrado, definitivamente, caminhos mais racionais e mais humanos para a aplicação das penas.³⁸

5. ANTÍDOTOS À PRISÃO ANTES DA CONDENAÇÃO DEFINITIVA

Como se viu anteriormente, a partir da prisão em flagrante delito, e na oportunidade da audiência de custódia, o advogado de defesa, atento às hipóteses legais, deverá pleitear relaxamento do flagrante, à vista de algum defeito formal ou vício constitutivo, substituição por medidas alternativas à prisão, ou liberdade provisória com ou sem fiança. As mesmas condutas deverão ser adotadas diante da prisão preventiva, passível de revogação se e quando for possível demonstrar a sua desnecessidade ou falta de cabimento e, ainda, o excesso de prazo.

Esses requerimentos podem ser dirigidos diretamente à autoridade coatora – e, quase sempre, é aconselhável que se esgote essa instância – ou diretamente ao tribunal competente, mediante a impetração de *habeas corpus*, potente ferramenta de restituição da liberdade à disposição da defesa.

O aprofundamento das condutas a serem adotadas para confrontar prisões ilegais demandaria maior espaço, mas se pode extrair de tudo quanto foi dito sobre as condições de estrita excepcionalidade das prisões cautelares a serem alegadas pela defesa como forma de combatê-las.

6. CONCLUSÃO

As sucessivas alterações na legislação processual brasileira vêm consubstanciando a segregação cautelar como *última ratio*, por meio de regras explícitas, ratificadas no ordenamento processual com advento da Lei 13.964/19. Mas, apesar da constante

para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, nos termos do art. 313, III, do CPP, admite-se a decretação da prisão preventiva.

36 A prisão civil por dívida alimentícia tem como característica impor o cumprimento da obrigação, que satisfeita, propiciará a imediata liberação do preso.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343. Relator: Ministro CEZAR PELUSO. TRIBUNAL PLENO. Julgado em: 03/12/2008; Súmula Vinculante nº 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

38 *Op. cit.*, p. 5.

evolução nesse sentido, ainda cabe questionar por qual motivo se prende tanto, sem condenações definitivas.

Pode-se concluir que alguns juízes e tribunais ainda apresentam certa resistência em aplicar o que recai expressamente da legislação (a exemplo de ignorar as possibilidades do art. 319 ou do recente posicionamento da Suprema Corte quanto à aplicação do novel parágrafo único do art. 316, ambos do CPP).

Tais constatações militam em favor da necessidade de maior aplicação da Lei, como editada pelo Poder competente, evitando-se interpretações jurisdicionais e jurisprudenciais que esvaziam o sentido das normas protetivas do nosso processo penal, bem como seria prudente a edição de novos parâmetros legais para a decretação de prisões preventivas, com conceitos menos abertos e de fácil apuração prática em substituição ao atual art. 312 do Código de Processo Penal.

O entrelaçamento das regras de proteção social com o respeito aos direitos individuais, resguardados a partir da Constituição Federal e do devido processo legal, talvez seja a única maneira de elevar a qualidade da nossa Justiça criminal, que assim se tornará mais célere e eficiente, nos casos em que for estritamente necessário manter o investigado ou acusado provisoriamente preso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 663616. Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEGUNDA TURMA. Julgado em: 15/06/2021.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 21 do STJ.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade 4.109 e 3.360. Relatora: Ministra CÁRMEN LÚCIA. TRIBUNAL PLENO. Julgado em: 14/02/2022.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO. TRIBUNAL PLENO. Julgado em: 07/11/2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento de Preceito Fundamental 395 e 444. Relator: Ministro GILMAR MENDES. PLENÁRIO. Julgado em: 14/06/2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 126292. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI. TRIBUNAL PLENO. Julgado em: 17/02/2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 191.836. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 23/11/2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 78978/PI. Relator: Min. NELSON JOBIM. SEGUNDA TURMA. Julgado em: 09/05/2000.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 91333. Relator: Ministro EROS GRAU. SEGUNDA TURMA. Julgado em: 09/10/2007.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343. Relator: Ministro CEZAR PELUSO. TRIBUNAL PLENO. Julgado em: 03/12/2008
- _____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 25.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, 27. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- CASTELO BRANCO, Tales. *Da prisão em flagrante*, 4ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1988.
- CRUZ, Rogerio Schietti. *Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas*, 6ª ed., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.
- DELMANTO Jr., Roberto. *Liberdade e prisão no processo penal*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. PRADO, Geraldo... [et al.] *Medidas cautelares no processo penal*. São Paulo:

Editora Revista dos Tribunais, 2011.

- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*, 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

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

- PIOVESAN, Flávia. *A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 51/52, n. 51/52, p. 81 – 102, jan./dez.,1999.

- RUIZ FILHO, Antonio. *“Abuso de Autoridade e sua Criminalização. Conduta Juiz e Crime de Hermenêutica. Atuação do Advogado e Violação Criminosa das Prerrogativas Profissionais.”* In: A Nova Lei de Abuso de Autoridade/organização de Gabriel Marciliano Junior, Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa e Maria Odete Duque Bertasi – Leme: Imperium Editora, 2020.

- RUIZ FILHO, Antonio. *“Prisão e Liberdade: Uma Visão Crítica da Atualidade.”* In: Direito, universidade e a advocacia: uma homenagem à obra do Prof. Dr. René Ariel Dotti/organização de Paulo César Busato, Gustavo Britta Scandelari – Curitiba: Gedai, UFPR 2021.