

DA PRISÃO PREVENTIVA: EVOLUÇÃO NORMATIVA E ATUAÇÃO *EX OFFICIO* DO MAGISTRADO

*PREVENTIVE PRISON: NORMATIVE EVOLUTION AND OF
THE JUDGE'S EX OFFICIO PERFORMANCE*

Nereu José Giacomolli¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

João Pedro Gamba Ribeiro²

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Resumo

A CF de 1988 atribuiu ao processo penal um perfil acusatório, na perspectiva da inércia da jurisdição. Contudo, o atual Código de Processo Penal, forjado sob a égide da CF de 1937, que instituiu o Estado Novo, de nítida inspiração totalitária, dispõe de inúmeras normas que destoam do paradigma constitucional, afrontando o devido processo constitucional. Como é por meio da aplicação normativa que o magistrado decreta a prisão preventiva, o *decisum* permitirá identificar, claramente, a opção pelo modelo tradicional, forjado nas décadas de 1930 e 1940 ou o constitucional. O artigo busca evidenciar a persistência da atuação *ex officio* do juiz, o que se observa na evolução legislativa da prisão cautelar, com especial atenção às mudanças trazidas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Este, apesar de inovar, substancialmente, o regramento atinente à prisão preventiva, ainda não adequa a normatividade ordinária à constitucional e à convencional.

Palavras-chave

Processo Penal. Prisão Preventiva. Atuação do Juiz. Pacote Anticrime.

¹ Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid. Pós-Graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor do Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais da PUCRS. Professor nos Cursos de Mestrado e Doutorado da Universidade Autónoma de Lisboa/IURJ e membro do Grupo de Pesquisa *Ratio Legis*, da mesma IES. Advogado. E-mail: nereu@giacomolli.com. Orcid: 0000-0003-1753-0334.

² Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Secretário Jurídico do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: jpgambaribeiro@hotmail.com. Orcid: 0000-0002-0841-9514.

Abstract

The Federal Constitution of 1988 attributed an accusatory profile to criminal proceedings, in the perspective of jurisdictional inertia. However, the current Code of Criminal Procedure, forged under the aegis of the Federal Constitution of 1937, which instituted the Estado Novo, with a clear totalitarian inspiration, has numerous norms that depart from the constitutional paradigm, facing the constitutional process. As it is through normative application that the judge decrees preventive detention, the decisum will clearly identify the option for the traditional model, forged in the 1930s and 1940s or the constitutional one. The article seeks to highlight the persistence of the judge's ex officio performance, which is observed in the legislative evolution of the precautionary prison, with special attention to the changes brought about by Law 13.964/2019 (Anticrime Package). This, in spite of substantially innovating the rules regarding pre-trial detention, still does not adapt the ordinary norms to the constitutional and conventional ones.

Keywords

Criminal Procedure. Preventive Arrest. The Judge's Figure. Anticrime Package

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A CF de 1988 adotou postura acusatória e garantidora dos direitos fundamentais do cidadão, impondo o dever de o julgador se ater, em especial, aos postulados da imparcialidade, contraditório e presunção de inocência. A Carta Constitucional não se tornou, contudo, instrumento apto a suprimir as raízes inquisitoriais consagradas no CPP, especialmente no que tange à prisão preventiva, em que a atuação do magistrado se mostra exponencialmente ativa e reveladora do poder.³ Nessa perspectiva, surgem três questionamentos: qual a função do magistrado no decreto da referida medida cautelar? A normatividade ordinária avançou na perspectiva da CF? A Lei 13.964/19 superou a genética ordinária inquisitorial no tocante à custódia cautelar?

O presente artigo versa, essencialmente, sobre a relação entre a atuação do magistrado e a decisão de prender preventivamente o sujeito, sendo importante evidenciar que, a partir dos usos atribuídos à

³ Poder no sentido de um conjunto de meios para atingir determinados objetivos, seja na esfera política, econômica ou ideológica. No poder político pode ser inserido o monopólio da força física (Bobbio e Weber), como o poder jurisdicional de determinar que alguém seja recolhido ao cárcere antes de formada a culpa. Enquanto o poder econômico se relaciona com a posse de bens e recursos, o poder ideológico se configura, também, pela apropriação e posse do conhecimento, do saber, podendo o decreto de prisão cautelar comprometer-se com a afirmação midiática e popular.

referida medida cautelar, é possível constatar, *prima facie*, que a sistemática processual brasileira possui uma matriz forjada em época do denominado “Estado Novo”. Para adentrar nessas problemáticas será utilizada a hermenêutica constitucional, com averiguação de posições doutrinárias e do Legislador, nas alterações ocorridas após a legislação de 1941. Para tanto, de início, será exposto que o maior ou menor grau de funções do juiz está intimamente ligado ao modelo constitucional de processo penal vigente em cada ordenamento jurídico. Na medida em que a CF de 1988 se assenta nas matrizes de um sistema acusatório, o magistrado há de zelar pelos postulados da imparcialidade, contraditório e da presunção de inocência. Isso pode entrar em choque com o CPP de 1941 e com as modificações posteriores, na medida em que se funda em estruturas inquisitoriais, as quais influenciam na aplicação normativa do regramento constitucional, interferindo na efetividade jurisdicional. Em seguida, será abordado o percurso do instituto da prisão preventiva desde o CPP de 1941, na perspectiva das principais mudanças relativas a esta medida cautelar, verificando-se as tentativas fracassadas, no rumo de um processo penal adequado à normatividade constitucional. Por fim, serão discutidas as mudanças introduzidas pela Lei 13.964/19, denominada de “Pacote Anticrime”, no que se refere à prisão preventiva, verificando-se que o protagonismo do magistrado é contínuo e que a legislação processual penal permanece insuficiente para que sua atuação esteja em consonância com os ditames constitucionais.

2 A ATUAÇÃO DO JULGADOR NO PROCESSO PENAL, NA PERSPECTIVA DA NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL – UM SUJEITO IMPARCIAL

Imperioso destacar que o tópico a ser abordado possui matizes extremamente complexas. A maior dificuldade na tentativa de examinar, explicitar e entender a atuação do magistrado no âmbito do processo penal, quicá resida na enorme abstração e vagueza da linguagem e do discurso, pretensamente democráticos. A posição ocupada pelo magistrado está intimamente ligada ao sistema processual vigente em um determinado ordenamento jurídico, vinculando-se, em maior ou menor

medida ao modelo de Estado. É dizer, que seus atos representam a estrutura do sistema, revelando a própria identidade da administração da justiça criminal.⁴ Em suma, o juiz é o produto e produtor do sistema processual penal,⁵ inserido na realidade política e cultural de seu tempo.

Não há unanimidade na doutrina com relação as definições da palavra “sistema”,⁶ bem como a qual modelo a normatividade ordinária e sua aplicabilidade (*law in action*) se vinculam. Contudo, indispensável

⁴ V. DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: to the legal process*. New Haven and London, Yale University Press, Kindle Edition, 1986. Segundo ele, os modelos de processo obedecem à organização política do Estado. Nessa perspectiva, segundo a estrutura e características do Poder Judiciário, o modelo será hierárquico ou paritário. No primeiro, as decisões serão técnicas e legalistas, pragmáticas e lógicas. No segundo, as decisões também seguem ordenações éticas, políticas e religiosas, motivo de sua maior imprevisibilidade e da preferência por julgadores leigos. Quando a funcionalidade for a de resolução de casos, de disputas, há identificação com um modelo reativo de Estado (contratualista), minimalista, com parca diferença entre interesses sociais e individuais. Neste, o processo é tido como um mecanismo de resolução de conflitos e de casos penais, funcionando o julgador como um verdadeiro árbitro, onde a gestão da prova incumbe às partes, sob pena de quebra da imparcialidade. Por outro lado, na funcionalidade de implementação de políticas públicas é característica de um Estado ativista, que busca o bem-estar social, com origem no absolutismo do século XVIII, ou seja, do Estado-Providência, onde basta a relação bipolar entre juiz e réu, sob o dogma da busca da verdade, com clara tendência do juiz a se aproximar do acusador

⁵ COUTINHO, Jacinto. “O papel do novo juiz no processo penal”. Disponível em <https://emporiodireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal> - acesso em 27.10.2019. V. GEERTZ, Clifford. *The Interpretation of Cultures*. Nova Iorque: Basic Books, 2017, quando afirma que a cultura consiste “no que o indivíduo tem que conhecer ou crer para funcionar em harmonia com os demais”. V. também, GARAPON, Antoine e PAPAPOULUS, Ioannis. *Julgár nos Estados Unidos e França*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, quando afirma consistir naquilo “que é dado, o sentido depositado no espírito de um povo, a atitude profunda, plena de significados. É o núcleo de sentido a partir do qual interpretamos a vida e com base no qual cada povo tenta resolver os grandes enigmas: a violência, o mal e a morte”. V., também, CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual*. Madri, Marcial Pons, 2014.

⁶ Segundo LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1966, p. 19, a definição de sistema; também em GIACOMOLLI, Nereu. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo, Atlas, 2016, p. 87, as diversas denominações que são atribuídas: sistema, modelo, estilo, estilo, princípio.

salientar algumas premissas elementares, a fim de evitar uma compreensão por meio de palavras e ideias desconexas, quanto ao tema. Analisando as inúmeras interpretações de sistema, ganha destaque a noção da coerência interna,⁷ isto é, a existência de uma compatibilidade entre as normas e princípios (componentes do sistema), e a harmonia entre eles, na estruturação do ordenamento jurídico. Partindo dessa perspectiva, é possível dizer que o processo penal se insere em um sistema constitucional, tendo na constituição as normas fundamentais,⁸ hierarquicamente superiores, outorgando validade a todas as demais. Acima delas, somente a normatividade internacional, enquanto mais protetivas dos direitos fundamentais problematizados (*pro homine*).

Estabelecido o que rege a coerência de um sistema, ainda que de maneira aproximativa, resta aferir qual o modelo consagrado no CPP e na CF, examinando-se se àquele está, de fato, em consonância com este último. Essencial percorrer tal caminho porquanto a evolução legislativa e a aplicação normativa revelam uma desvinculação das matrizes constitucionais estruturantes do nosso sistema processual penal. Após a Segunda Grande Guerra, com o intuito de frear práticas totalitárias, ou seja, impor limites ao poder punitivo estatal, estruturam-se Estados Democráticos de Direito, assentados em fundamentos de direito e em garantias fundamentais. Surgiram inúmeros Tratados, Declarações e Convenções, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, dentre outros, que deram início a uma tentativa de supressão de modelos totalitários até então vigentes em diversos ordenamentos jurídicos.

Com efeito, a partir da intensificação dessas reformas, a CF brasileira, ao lado de outras, de origem latino-americana e europeia, passou a reconhecer uma estrutura jurídica voltada a um modelo processual penal acusatório. Mas afinal, qual a relação dos componentes supracitados com o acusatório? Quando abordado o sistema acusatório, este é referido, com

⁷ Em PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 55.

⁸ V. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 228.

base nas características da estrutura da *civil law* e não da *common law* (acusatório puro). As bases epistemológicas⁹ e garantísticas fundantes de um sistema processual devem partir da CF. A opção por um modelo acusatório ultrapassa a mera separação entre as funções de acusar, defender e julgar. À efetivação e otimização de um modelo constitucional (opção a ser seguida),¹⁰ não podem ser afastados os fundamentos epistemológicos e de garantia de limites da potestade punitiva e da intervenção do poder. Quando se trata de um sistema acusatório, além de outros fundamentos, por estar vinculado diretamente à prestação jurisdicional, imprescindível a atuação imparcial do julgador, em todas as fases do processo penal.

A imparcialidade, aqui, relaciona-se com distanciamento.¹¹ Partindo da concepção de que são inafastáveis da estrutura do magistrado os aspectos culturais, ideológicos, políticos e as experiências de vida, se faz mister preservar sua cognição, a fim de que não seja contaminado pelos próprios interesses das partes. Segundo Magalhães Gomes Filho, a *imparcialidade constitui um valor que se manifesta, sobretudo no âmbito interno do processo, traduzindo a exigência de que na direção de toda a atividade processual – e*

⁹ A epistemologia, enquanto teoria do conhecimento, oferece uma base, desde a origem, a estrutura, o método e a crítica, na perspectiva de evidenciar o que é o conhecimento e as possibilidades de seu alcance.

¹⁰ V. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. São Paulo, Atlas, 2013, p. 73.

¹¹ Sobre imparcialidade, V. ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal (Introducción)*. Madrid, Edersa, 1997, quando entende que se trata de um princípio supremo do processo e que “não significa não fazer parte”. Para o autor, a imparcialidade é um certo tipo de motivação, consistente em uma declaração ou resolução orientada no desejo de dizer a verdade, ditar com exatidão. O juiz deve mergulhar no objeto, ser objetivo, esquecendo sua própria personalidade e resolvendo de forma justa ou legal. É com amparo na própria imparcialidade que o autor explica os princípios de *audiatur et altera pars*, dispositivo e acusatório. Para Goldschmidt, no mesmo sentido, a imparcialidade é fundante da própria dialética processual. Consistiria em colocar entre parênteses todas as considerações subjetivas do juiz. Aqueles que exercem jurisdição não apenas não podem ter interesse ou relacionamento com nenhuma das partes, mas também devem estar em uma posição intelectual para falhar sem preconceitos. V. também GOLDSCHMIDT, Werner. *La imparcialidad como principio básico del proceso: la parcialidad y la parcialidade*. Madrid, Gráfica Clemares, 1950.

*especialmente nos momentos de decisão – o juiz se coloque sempre super partes, conduzindo-se como um terceiro desinteressado, acima, portanto, dos interesses em conflito.*¹² Não se trata, pois, de um ser neutral, mas sim equidistante do objeto de persecução das partes, e inerte no que tange às incumbências que não lhe digam respeito (*terzietà*),¹³ exigindo do juiz uma posição de afastamento estrutural e estético de ambas as partes. Pela exigência de imparcialidade, ao julgador é vedado *ex officio*, sem pedido: converter o flagrante em prisão preventiva; decretar a prisão preventiva; impor outras cautelares; ter a iniciativa probatória; bem como acordar expressa ou tacitamente estratégias processuais. Segundo Ferrua, o contraditório, juntamente com as condições de paridade e do juiz imparcial constituem um dos valores primários da justiça.¹⁴

A aferição da imparcialidade comporta, na complexidade contemporânea, integração de outros elementos e saberes. Na perspectiva da teoria da dissonância cognitiva,¹⁵ é sabido que o juiz, ao participar dos atos de investigação, acabará, inconscientemente, formando uma opinião sobre os fatos, que levará à instrução processual, na qual procurará apenas corroborar hipótese anteriormente levantada.¹⁶ Neste aspecto, também já

¹² Em GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 37.

¹³ Em FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Bari, Laterza, 2004. p. 592, denomina de “terzietà” essa “indifferenza o disinteresse personale rispetto agli interessi in conflitto”.

¹⁴ FERRUA, Paolo. *Il Giusto Processo*. Bolonha, Zanichelli, 2007, p. 45.

¹⁵ V. FESTINGER, Leon. *Teoria da Dissonância Cognitiva*. Rio de Janeiro, Zahar, 1975 e MARTINS, Osnilza Borges. “Teoria da Dissonância Cognitiva”, em *Revista Educar*, n. 02, jan-abril de 1982.

¹⁶ V. SCHÜNEMANN, Bernd. “O Juiz como um Terceiro Manipulado no Processo Penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança”, em *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 15 a 25 quando aborda acerca da influência do conhecimento dos autos de investigação preliminar e da tomada da decisão de recebimento da denúncia sobre o comportamento do juiz penal na audiência, e, no estudo conclusivo, um *tour de force* jurídico-filosófico-sociológico sobre a importância do acordo no processo penal. O juiz ativo e forte, na verdade, talvez não passe de um terceiro manipulado, inconscientemente preso à imagem que o Ministério Público ou a Polícia desenharam ao compor os autos que teve de ler. O juiz se convence com base na leitura do inquérito, ou seja, com base numa prova

se pode observar que a própria estrutura de um ordenamento jurídico é capaz de condicionar a atuação do juiz em sua rotina de trabalho, vez que, dependendo do princípio fundante do sistema, o magistrado será ou não dotado de imparcialidade. Na jurisdição penal, em especial, a imparcialidade adquire essencial relevância, diante da observância dos limites da potestade punitiva. Jurisdição parcial equivale à ausência de jurisdição. Na esteira de Zaffaroni, “não se trata de que a jurisdição possa ou não ser imparcial, e se não o for não cumpra eficazmente sua função, mas que sem imparcialidade não há jurisdição”.¹⁷ A imparcialidade é a essência da jurisdição e não o seu acidente.¹⁸

No modelo acusatório as partes passam a intervir ativamente em todas as fases do processo, de modo que a decisão final a ser proferida pelo Estado-Juiz não represente nenhuma surpresa. Há, pois, um contraditório participativo, assecuratório da dialética e da igualdade entre as partes, bem como construtivo do *decisum*. As exigências de um juiz imparcial e de contraditório são interligadas e interdependentes. O juiz não

construída unilateralmente e sem possibilidade de defesa, o que contraria a ideia da oralidade, publicidade, imediatidade. Esta é a razão principal da necessidade da implementação da figura do Juiz das Garantias, que irá ser abordado em seguida. A inexistência de juízes diferentes para a investigação criminal e instrução e julgamento enfraquecem por demais a imparcialidade do julgador, em especial no seu aspecto subjetivo. Neste aspecto, a prisão preventiva ganha destaque, tendo em vista o desvirtuamento atual de sua finalidade, que acaba influenciando o magistrado em suas tomadas de decisões. O juiz que converte a prisão em flagrante em preventiva, prática comum em quase todos os casos penais, está determinado a confirmar seus fundamentos para a condenação do acusado, por exemplo.

¹⁷ Em ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 86 e 91.

¹⁸ V. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. “Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias”, em BONATO, Gilson (Org.). *Processo Penal, Constituição e Crítica: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 343 a 365.

se envolve no contraditório entre as partes¹⁹, mas o assegura e o promove simetricamente.

O modelo constitucional de processo penal também se assenta na presunção de inocência²⁰ um pilar estruturante, no processo e fora dele, na perspectiva de que o sujeito é inocente até que seja provada a sua culpabilidade, pela acusação. Havendo dúvidas incriminatórias, a solução é o *in dubio pro reo*. E isso impacta também na prisão preventiva, na medida em que a restrição da liberdade é uma exceção e a *ultima ratio* da cautelaridade pessoal. Ao dar ao juiz o poder de decretar a prisão preventiva com fundamento em normas engendradas na orientação totalitária, a convicção amoldar-se-á na perspectiva da manutenção da prisão, na formação de um juízo condenatório e nos indeferimentos das pretensões de liberdade.

No pós-guerra, com a formação do Estado Constitucional do Direito, fruto da redemocratização, ao juiz passou ser outorgada maior funcionalidade e o recurso a sua intervenção incrementou-se

¹⁹ Segundo BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. “Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias”, em BONATO, Gilson (Org.). *Processo Penal, Constituição e Crítica: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Continbo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 344, a participação do juiz não o transforma em um contraditor, ele não participa “em contraditório com as partes”, entre ele e as partes não há interesse em disputa, ele não é um “interessado”, ou “contrainteresado” no provimento. [...] o contraditório se desenvolve “entre as partes”, porque a disputa se passa entre elas, elas são as detentoras de interesses que serão atingidos pelo provimento. O juiz, perante os interesses em jogo, é terceiro, e deve ter essa posição para poder comparecer como sujeito de atos de um determinado processo e como autor do provimento. [...] investido nos deveres da jurisdição, o juiz não entra no jogo do dizer-e-contra-dizer, não se faz contraditor. Seus atos passam pelo controle das partes, na medida em que a lei lhes possibilita insurgir-se contra eles.

²⁰ Artigo XI, DUDH - 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. Art. 5º LVII, CF - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

exponencialmente.²¹ Há quem afirme que nas entrelinhas de várias decisões da Suprema Corte norte americana, se pode divisar mais de uma personalidade de julgadores (Júpiter, Hércules, Hermes), evidenciados no texto de OST.²² Na mesma perspectiva, mas sob diferentes aspectos, segundo Susteín, quase todos os juízes se encaixam em pequenos nichos, independentemente da ideologia: o herói, o soldado, o minimalista e o silencioso.²³ O fato é que na contemporaneidade, com muito mais

²¹ V. MAUS, Ingeborg. “O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”, em *Revista Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, nov. de 2000.

²² Segundo OST, François. “Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez”, em *DOXA*, nº 14, 1993. p. 169 a 194, (http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/inde_x.htm), esses modelos de juízes expressam concepções diferenciadas de direito e o seu correspondente papel no desempenho da atividade jurisdicional. Em tempos em que tanto se discute o “ativismo judicial” e os limites da interpretação jurídica, as reflexões apresentadas por Ost são atuais e revelam divergências paradigmáticas na compreensão de teorias, valores e discursos jurídicos, que informam e condicionam os limites e as possibilidades jurisdicionais [...]. O primeiro modelo se refere ao juiz Júpiter, que caberia apenas a função de ser a “boca da lei”, de onde seriam pronunciadas sentenças oriundas da “verdadeira vontade do legislador”. O segundo modelo é o de um juiz Hércules, no qual reflete o direito como sendo uma pirâmide invertida, ou um funil, no qual o próprio juiz e o caso concreto são o limite e também a possibilidade de atuação judicial, agora de natureza indutiva. E o terceiro modelo de juiz apresentado é o juiz Hermes, que passa a ser um grande mediador e comunicador, capaz de conectar os diversos discursos, esparsos e concorrentes, na construção intersubjetiva para a solução dos casos concretos. É um juiz prudente que vislumbra soluções levando em conta o caráter indeterminado e inacabado do direito, desconfiando sempre de discursos de verdade únicos e imutáveis.

²³ Segundo SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional Personae*. New York, Oxford University Press, 2015, os heróis estão dispostos a invocar a Constituição para invalidar leis estaduais, legislação federal e decisões anteriores do Tribunal. Eles abraçam em voz alta os primeiros princípios e são propensos ao talento, empregando linguagem dramática para reformular fundamentalmente a lei. Os soldados, por outro lado, são céticos em relação ao poder judicial e, normalmente, se baseiam em decisões tomadas pelos ramos políticos. Os minimalistas favorecem pequenos passos e apenas mudanças incrementais. Eles temem que reversões ousadas de tradições estabelecidas há muito possam ser contraproducentes, produzindo uma reação que só leva a outra reversão. Os silenciosos preferem não dizer nada sobre as grandes questões constitucionais e, em vez disso, tendem a decidir casos por motivos limitados ou manter casos controversos fora da Corte

intensidade, as decisões judiciais são tomadas sem a construção de um diálogo entre as partes e o Estado-Juiz, o que acarreta um déficit de legitimidade (decisionismo). Esse acentuado arbítrio do julgador pode ser explicado pelo deslocamento de poder das instituições representativas às judiciais, erigindo um novo tipo de regime político (juristocracia).²⁴ Com o empoderamento judicial a partir da constitucionalização, a crença na política e a centralidade do poder são perdidas. Isso faz com que as elites políticas, econômicas e sociais transfiram poder ao Judiciário, de forma voluntária, quando ameaçadas de perder a hegemonia na esfera política.²⁵ Neste aspecto, a lei ganha porosidade, gerando possibilidades de manipulação processual. Por isso, atentos à temática, cumpre observar a evolução normativa no trato da prisão preventiva.

3 MARCOS EVOLUTIVOS NORMATIVOS ACERCA DA PRISÃO PREVENTIVA

A CF de 1988 avivou a necessidade de uma reforma do Processo Penal brasileiro. Isso decorreu do rol de garantias asseguradas em seu art. 5º, as quais demonstram que muitos institutos do CPP de 1941 não foram recepcionados pelo texto constitucional. Nascido em plena época de exceção ao Estado de Direito, sob a égide formal da Constituição de 1937, para atender “ao estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista”, sob influência do regime fascista italiano, o CPP brasileiro conheceu, fora do Parlamento e pelas mãos pragmáticas de

por negar sua posição. V. Também SWEET, Alec Stone. “Constitutional Courts”, em ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law Oxford*, Oxford University Press, 2012, p. 816 a 828.

²⁴ V. HIRSCHL, Ran. “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo”, em *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, maio/ago. 2009, p. 139-178.

²⁵ V. HIRSCHL, Ran. “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo”, em *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, maio/ago. 2009, p. 139-178.

Francisco Campos, sua reunificação legislativa com fundamentos totalitários, em que a concentração se amparava no Executivo.²⁶

O CPP de 1941, em seu Livro I, Título IX, tratou das medidas cautelares (“Da Prisão e Da Liberdade Provisória”). Significa dizer que o acusado respondia ao processo com total privação de sua liberdade cautelarmente ou lhe era concedida a liberdade provisória. Contudo, essa medida só era viável caso oriunda de prisão em flagrante. O CPP de 41 trazia hipóteses de prisão processual notadamente antecipatórias da pena e, inclusive, de maneira automática, como por exemplo, a prisão decorrente da pronúncia (art. 408, §1º, CPP) e a prisão processual decorrente de sentença condenatória recorrível (art. 594, CPP). A prisão preventiva de ofício era a convidada de honra da ideologia antecipatória da pena. Nessa perspectiva, o art. 311, originalmente, rezava que, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberia a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

Fato é que a prisão preventiva era obrigatória na legislação originária do CPP de 1941, de tal forma que a liberdade se constituía em exceção. A regra era deter o indivíduo durante o processo e mantê-lo segregado durante toda a tramitação, inclusive durante o recurso. Isso pode ser inferido da redação original do art. 323 do CPP, em que havia menção das hipóteses em que não seria concedida a fiança. O CPP de 41 também trazia os pressupostos específicos, autorizadores da prisão preventiva, isto é, os elementos de cautelaridade (garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal), em seu art. 313, que também estabelecia os crimes com relação aos quais a medida restava cabível.

No ano de 1961, no governo de Jânio Quadros, nasce a primeira tentativa de reforma geral do CPP, com o encaminhamento do anteprojeto Tornaghi.²⁷ O projeto não foi aprovado, especialmente em

²⁶V. HASSAN CHOUKR, Fauzi. *Código de Processo Penal Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial*. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2005, p. 1.

²⁷ O projeto surgiu através de Pedroso Horta, ministro da justiça à época, tendo sido escolhido o processualista Hélio Bastos Tornaghi para a elaboração do anteprojeto.

razão do momento político vivido na ocasião. De qualquer forma, o referido anteprojeto não pretendia romper com a sistemática trazida pelo CPP de 1941, porquanto havia manutenção de diversos institutos, como o próprio inquérito policial e “a livre convicção do magistrado”. Embora se trate de uma redação essencialmente conservadora, havia inovações, em particular no que diz respeito à prisão: a existência de um prazo peremptório à prisão cautelar e a proibição da prisão para que a apelação fosse conhecida.²⁸

Em agosto de 1967, foi criada uma “Comissão de Coordenação e Revisão dos Códigos”, com o propósito justamente de revisar os códigos brasileiros, incumbindo a José Frederico Marques a elaboração do projeto atinente à matéria processual.²⁹ O projeto foi levado ao Congresso Nacional pelo então presidente Geisel. Entretanto, foi retirado quando da chegada ao Senado.³⁰ Não se verificavam transformações tão distintas do anteprojeto Tornaghi, já que mantida a perspectiva anterior. Aqui, há o destaque da revogação do dispositivo que estabelecia a necessidade do recolhimento do réu para recorrer da sentença condenatória, bem como a proposta para que o MP pudesse decretar a detenção provisória. Após mais de duas décadas, com a introdução da Lei nº 5.349/1967, a prisão preventiva deixou de ser obrigatória, modificando a redação original dos arts. 312 e 313 do CPP. Com a Lei nº 5.941/1973, a norma trazida pelo art. 594 do CPP foi alterada, de forma a possibilitar que os réus primários e de bons antecedentes pudessem apelar em liberdade da sentença condenatória.

Com o afastamento do critério relacionado à fiança, a depender da infração, a Lei nº 6.416/1977 manteve a prisão preventiva nos crimes dolosos afiançáveis. A única exigência à decretação, em tais

²⁸ V. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro*. Florianópolis, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 444 a 447.

²⁹ V. GIACOMOLLI, Nereu José. “Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Residência às Reformas, em *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. V.1. n. 1. Porto Alegre, 2015, p. 150.

³⁰ V. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro*. Florianópolis, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 448.

casos, era de que os delitos fossem punidos com reclusão, sendo que, nos casos dos crimes cujas penas fossem punidas com detenção, a prisão cautelar seria possível apenas nas hipóteses previstas nos incisos II e III da nova redação do art. 313 do CPP. Ademais, a referida lei trouxe significativa alteração, quando introduziu o parágrafo único ao art. 310 do CPP, dando à prisão em flagrante natureza “cautelar”, de maneira que sua manutenção somente ocorreria nos casos em que se mostrasse necessária, diante da presença de uma das hipóteses que autorizavam a prisão preventiva. Houve uma mudança no paradigma interpretativo. A prisão em flagrante, nos crimes não sujeitos à fiança, submetia, por regra, o indiciado à segregação por todo o processo. A partir de então, a manutenção da prisão não prescindiria da presença de todos os elementos da prisão preventiva, em especial àqueles referentes à cautelaridade; caso contrário, seria obrigatória a concessão da liberdade provisória. Assim, a decretação da prisão preventiva deixava, em um primeiro plano, de estar fundada nas decorrências do cometimento de uma infração penal não sujeita à fiança, para se centralizar nos elementos de exigência cautelar, demonstráveis caso a caso.

Em 1981, no Governo Figueiredo, houve a publicação de um novo anteprojeto de CPP, com manutenção de grande parte do projeto Frederico Marques, mas foi retirado em 1989. Destacou-se a manutenção da centralidade do juiz, com sua iniciativa na “busca da verdade”, bem como o endurecimento da prisão preventiva para o acusado considerado “perigoso”, nos crimes de roubo, latrocínio, extorsão, sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto não consensual que determine dependência física ou psíquica, com o propósito de “melhor aparelhar a Justiça Penal para o combate a estas modalidades mais graves de delinquência”.³¹

A Lei nº 7.492/1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional), introduziu um novo elemento de cautelaridade, ou seja, a decretação da prisão preventiva em razão da *magnitude da lesão causada*. O texto original agregava duas hipóteses autônomas à prisão preventiva nessa

³¹ V. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro*. Florianópolis, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 457.

espécie de delitos, quais sejam: a magnitude da lesão causada e o clamor público provocado. Apesar de ter sido vetado o denominado “clamor público provocado”, a magnitude da lesão permaneceu, e, ao que tudo indica, tal fato se deve ao preliminar reconhecimento pelo Poder Executivo de sua plausibilidade e relevância jurídica.³²

Em 1992, o presidente da Escola Nacional da Magistratura, Sálvio de Figueiredo Teixeira, encarregado pelo então ministro da justiça Célio Borja, presidiu a comissão de juristas, para tratar de questões atinentes à legislação processual. Havia significativas modificações que, no aspecto tratado neste articulado, merecem destaque: a separação obrigatória de presos definitivos e provisórios; previsão de medidas cautelares não privativas de liberdade; previsão de manifestação fundamentada do magistrado em caso de prisão cautelar, quando pronunciado o acusado.³³ Assim como o PL n. 4.898/95, acerca da prisão cautelar, inúmeros projetos foram apresentados e retirados de pauta, o que levou a renúncia do ministro Sálvio de Figueiredo. Com o advento da Lei nº 8.884/1994 (prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica), foi inserido, no art. 311 do CPP, mais um elemento de cautelaridade, consubstanciado na *garantia da ordem econômica*. Em janeiro de 2000 foi criada uma nova comissão para que fossem apresentadas propostas de reforma ao CPP, presidida por Ada Pellegrini Grinover.³⁴ As reformas foram condensadas em distintos projetos, dentre os quais o de n.

³² V. LIBERA, Lindomar Luiz Della. *In Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano 62, nº 442, agosto de 2014. p. 103-122.

³³ V. GIACOMOLLI, Nereu José. “Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Residência às Reformas”, em *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. V.1. n. 1. Porto Alegre, 2015, p. 152 a 155.

³⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. “Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Residência às Reformas”, em *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. V.1. n. 1. Porto Alegre, 2015, p. 155 a 160, enfatiza que “a política de reformas parciais do Código de Processo Penal, adotada pela Comissão Sálvio de Figueiredo e pela Comissão Pellegrini Grinover, se por um lado facilitou a aprovação de alguns projetos de lei resultantes dos trabalhos das comissões, por outro lado gerou um emaranhado legislativo em matéria processual penal que culminou por retirar a coerência sistêmica inerente à concepção de Código”.

4.208/01, tendo por objeto as medidas cautelares alternativas à prisão (transformado, posteriormente, na Lei nº 12.403/11).³⁵

A Lei 11.340/2006 autorizou a decretação da prisão preventiva, independentemente de se tratar de crime apenado com detenção, nas hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”, inserindo, então, o inciso IV ao art. 313 do CPP. Após dois anos da promulgação da “Lei Maria da Penha”, as Leis 11.689/08 e 11.719/08 modificaram, substancialmente, a estrutura da prisão cautelar. Houve o desaparecimento da dicotomia “primariedade” e “bons antecedentes”, como fator único de apreciação ao direito de aguardar em liberdade o julgamento pelo júri ou à concessão do direito de recorrer, sem se recolher ao cárcere. Não mais devia o magistrado, para análise da liberdade provisória, atentar unicamente ao referido binômio, passando a importar tão-somente os requisitos da prisão preventiva. O réu pronunciado deveria permanecer em liberdade ou ser solto, conforme o caso, quando o magistrado concluísse, ao final da fase intermediária do procedimento do Júri, não estarem presentes os requisitos da prisão preventiva. Por outro lado, quando solto, poderia ser cautelarmente preso, desde que presentes os elementos do art. 312 do CPP. A sentença condenatória, ainda que imponha pena privativa de liberdade, em regime fechado ou semiaberto, não poderia mais acarretar a prisão cautelar. Tal medida somente seria tomada quando as condições estivessem concretizadas, vale dizer, os elementos do art. 312 do CPP.

³⁵ Segundo GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro*. Florianópolis, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 463, é imperioso, novamente, a citação da reflexão trazida por GLOECKNER: “apesar das constantes reformas pelas quais têm sofrido o processo penal brasileiro, cujo “pacote” de mais largo espectro foi aquele produzido pela comissão GRINOVER, duas questões saltam aos olhos: a comissão jamais atacou pontos nevrálgicos do sistema processual, mantendo firmes as bases autoritárias (...) Inclusive, em alguns pontos, trouxe novas inflexões autoritárias, aumentando o índice de contrações garantísticas, como o caso de dotar o juiz de poderes instrutórios *ex officio*, mesmo antes de ajuizada a ação cautelar (medida cautelar de produção antecipada de provas de ofício – introduzida pela Lei 11.690/08).”

A Lei 12.403/2011 alterou o sistema de cautelares pessoais, situando a prisão preventiva na *ultima ratio*. As medidas cautelares diversas da prisão proporcionaram ao juiz a escolha da providência mais ajustada ao caso concreto, conforme previsto no art. 319 do CPP. Com efeito, além da demonstração do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, exigiu-se a demonstração da ineficácia ou da impossibilidade de aplicação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão. Tal inovação pretendida evitar o encarceramento massivo antes da sentença. Contudo, as alternativas disponibilizadas pelo legislador não surtiram o efeito necessário, diante da formação dicotômica (prisão e liberdade) dos juízes e da permanência totalitária e da crença redentora do encarceramento antecipado.³⁶

A Lei 12.403/2011 vedou a decretação da prisão preventiva nos crimes com pena não superior a quatro anos, afastando a prisão preventiva autônoma nos crimes culposos e nas contravenções penais. Aos demais crimes dolosos, a prisão somente será possível se, presentes também as situações do art. 312 do CPP e o réu for reincidente, por condenação transitada em julgado pela prática de outro crime doloso. Nos casos, em que houver dúvida quanto à identidade civil do acusado (ou indiciado), pela ausência de elementos idôneos ao respectivo

³⁶ Nestas condições, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal*, Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 464 a 465, ressalta que “mesmo com o advento da Lei 12.403/11, não apenas manteve o quadro no qual desempenham fundamental articulação do poder punitivo num cenário de antecipação de punições, mas sem dúvida os problemas foram ampliados. E isto se justifica a partir de duas constatações elementares: as medidas cautelares diversas da prisão sufocaram a dimensão da liberdade plena no processo penal, de modo que quando as prisões cautelares não poderiam ser decretadas no regime anterior, após o advento da lei, estas pessoas que responderiam o processo sem qualquer gravame de natureza pessoal agora têm contra si o peso da “fiança”, “retenção e passaporte” ou institutos similares. Como se sabe desde a criminologia crítica, o espaço dos substitutivos penais alcança o regime de liberdade não ocupando o espaço da prisão, que se mantém com toda a sua força. As consequências eram previsíveis: as prisões cautelares, de uma maneira geral, no Brasil, não foram reduzidas, mantendo-se elevadíssimas. Além disso, o quadro da prisão preventiva foi ampliado, com a expansão das hipóteses de cabimento, como nos casos da prisão preventiva por descumprimento de medida protetiva, considerada autônoma pelos tribunais superiores”.

esclarecimento, a prisão preventiva também poderia ser decretada, para quaisquer crimes dolosos, devendo o preso ser colocado em liberdade tão logo for solvida a dúvida, sem prejuízo da imposição de outra medida cautelar. A Lei 12.403/11 manteve a aludida modalidade de prisão preventiva, ampliando-a às hipóteses referentes a crianças, adolescentes, idosos, enfermos ou pessoas especiais. Por fim, quanto ao momento processual à decretação da custódia cautelar, a Lei 12.403/11 possibilitou ao magistrado o exame *ex officio* somente no curso da ação processual penal. Examinando o percurso histórico da prisão preventiva percebe-se, nitidamente, a inserção de elementos do discurso processual penal italiano da era totalitária de Mussolini, com semelhanças até em elementos semânticos e linguísticos. Verifica-se não se delimitar a prisão preventiva a uma categoria exclusivamente processual, motivo da análise da vida pregressa e do estado de periculosidade do sujeito.³⁷

Inúmeras reformas, como se vê, foram feitas no CPP atinentes à prisão cautelar. Contudo, jamais fora realizada uma mudança completa de tal instituto. A própria existência da CF fora insuficiente para que as práticas punitivas fossem denunciadas ou enfrentadas como um problema efetivo de uma democracia a ser instalada no Brasil.³⁸ As reformas foram incapazes de limitar o uso abusivo, excessivo e ilegal da prisão preventiva, o que representa uma disfuncionalidade no sistema de

³⁷ Em GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro*. Florianópolis, Tirant Lo Blanch, 2018. p. 605-606.

³⁸ V. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro*. Florianópolis, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 333 a 336, quando também faz menção a um período que se poderia denominar como “pós acusatório”, isto é, advento de um cenário em que o sistema acusatório teria se consolidado como fato *per se*: simplesmente através de uma nova Constituição da República, as práticas punitivas autoritárias estariam como que banidas do panorama processual penal e o sistema acusatório, como que num passe de mágica, restaria implementado [...]. O discurso constitucionalista foi sabidamente ineficiente para construir uma nova realidade que operasse como constritor de tais práticas, gerando, assim, um quadro no qual a declaração de direitos seria suficiente para alterar a genética do processo penal [...]. O juiz, transformado em agente político cujo objetivo é garantir a consecução dos objetivos estatais, adquire poderes exponenciais.

justiça, causando uma série de problemas jurídicos, políticos e sociais, como a superlotação do cárcere e a detenção massiva de presos sem condenação. O atual cenário contribuiu à ausência de uma correta e adequada fundamentação na decretação da prisão preventiva, em que pese as determinações constitucionais (arts. 5º, LXI e 93, IX, CF) e legais (art. 283, CPP).

A previsão legal de medidas cautelares diversas da prisão não foi capaz de compelir os juízes e Tribunais a situarem a prisão preventiva como *ultima ratio*. Tanto é assim que os presos provisórios representam parcela significativa da população carcerária.³⁹ Por anos também se manteve firme a norma que possibilitava o magistrado decretar a prisão preventiva *ex officio*. Aliás, tal prática ainda é comum, porquanto, os magistrados comumente convertem a prisão em flagrante em preventiva, independentemente de manifestação do MP. As reformas de 2008 e 2011, indubitavelmente trouxeram maior proximidade com o sistema desenhado pela CF. Mas a lei, mais uma vez, não consegue fazer o que os aplicadores não desejam. Ao longo deste pequeno percurso relacionado à prisão preventiva, verifica-se que, a cada reforma, ou tentativa desta, o texto legal, ainda que indiretamente, inovava com o fim de tratar o instituto como medida excepcional. Entretanto, a aplicação normativa revelava e ainda revela, a perspectiva da prisão preventiva como *prima ratio*. Sem embargo do exposto até o momento, com a introdução da Lei 13.964/2019, denominada de “Pacote Anticrime”, houve alterações substanciais ao instituto da prisão preventiva, as necessitam ser discutidas, também à luz do lugar ocupado pelo juiz, segundo as normativas constitucionais e convencionais, bem como a jurisdiicionalidade supranacional.

³⁹ O Departamento Penitenciário Nacional (Depen) lançou, em 14.02.2020, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de 2019. Este aponta que o Brasil possui uma população prisional de 773.151 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes. O número de presos provisórios (sem uma condenação) é de 253.963 detentos, aproximadamente, 33%. Disponível em < www.depen.gov.br > Acesso em 04.05.2020.

4 INOVAÇÕES À PRISÃO PREVENTIVA NA LEI 13.964/2019

A Lei nº 13.964/2019, oriunda do denominado “Pacote Anticrime”, no que concerne às medidas cautelares pessoais, como a prisão preventiva, trouxe importantes modificações. Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a existência de duas modalidades de prisão na seara criminal, desconsiderada a prisão em flagrante: prisão-pena e a prisão processual. A prisão-pena se fundamenta na sentença penal condenatória já transitada em julgado (art. 5º, LXI, CF e art. 283, CPP).⁴⁰ Por outro lado, a prisão processual cautelar, na qual se inclui a prisão preventiva por excelência, representa a mais grave restrição ao direito de ir e vir. A coexistência entre a presunção de inocência e a prisão processual (provisória), é de um difícil equilíbrio e de elevado grau tensional. Entretanto, o sistema processual penal admite a coexistência entre a garantia constitucional e a exceção que é a prisão cautelar, através da observância de sua base principiológica fundante.⁴¹ Assim como as demais medidas cautelares, a prisão preventiva é instrumento a serviço do processo, para tutelar a prova, o processo e a eficácia da jurisdição. A finalidade não é outra senão a de acautelar o processo e a incidência da potestade punitiva, não possuindo funcionalidade de antecipação de tutela penal material.

⁴⁰ Em 17/02/2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o *habeas corpus* nº 126.292; por maioria (sete votos a quatro) alterou a jurisprudência da Corte, afirmando que é, sim, possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância. Em 07/11/2019, contudo, no julgamento das Ações Declaratórias (ADCs) 43, 44 e 54, o Tribunal decidiu, por maioria (seis votos a cinco), que o cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos, apesar de não ter afastado a possibilidade de prisão processual antes do trânsito em julgado, desde que sejam preenchidos os requisitos da legislação processual penal para a prisão preventiva.

⁴¹ V. em GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisões, liberdade e cautelares pessoais: nova formação a partir de 2020*. Madri, Marcial Pons, 2020, p. 15 a 47, os fundamentos principiológicos das medidas cautelares: reserva jurisdicional qualificada, motivação e fundamentação, presunção de inocência, reserva de lei, contraditório, provisionalidade, temporalidade, proporcionalidade, *ultima ratio* e a vedação de sua imposição sem provocação das partes ou representação da autoridade policial.

A reforma processual engendrada pelo dito “pacote”, pelo que se vislumbra *ab initio*, não foi capaz de abalar a genética inquisitorial, para não dizer totalitária, formativa da cultura processual penal brasileira. Embora o diploma legal tenha trazido dispositivos que passam a ser reinterpretados à luz da CF, com o intuito de adequação ao sistema constitucional, várias alterações foram rechaçadas por grande parte do pensamento jurídico. A liminar nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 foi o primeiro sinal formalizado da insistência na permanência no *status quo* da década de 1940. Ao suspender a vigência do art. 3º-A do CPP, que finalmente incorporaria na normatividade ordinária um sistema acusatório na perspectiva da *civil law*, o *decisum* monocrático ceifou várias possibilidades de adequação constitucional da normatividade ordinária. Observa-se que a liminar suspendeu a implantação do juiz das garantias (arts. 3º-A a 3º-F, parágrafo único, CPP), o sistema de exclusão física dos autos do inquérito, a nova forma de arquivamento do inquérito policial (art. 28, CPP), bem como a existência de constrangimento ilegal caso não apresentado o detido no prazo de 24hs após sua detenção, à audiência de custódia (art. 310, § 4º, CPP).

A primeira grande inovação aparece no § 2º do art. 282 e no *caput* do 311, ambos do CPP, vedando a decretação das cautelares, inclusive da prisão preventiva, de ofício pelos magistrados, ainda que no curso do processo penal. É medida positiva para resguardar as regras imanentes do sistema constitucional, especialmente no tocante à imparcialidade do julgador, enquanto pressuposto fundante do devido processo constitucional e convencional. Há uma exigência científica e democrática à superação da estrutura do modelo arcaico e ultrapassado de processo penal, forjado na década de 1941, com aplicação imediata da legislação mais benéfica aos acusados e aos presos.⁴² A prisão em flagrante,

⁴² V. TJSP. HC nº 2002378-94.2020.8.26.0000, 13ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Luís Augusto de Sampaio Arruda. *Dje* de 11.03.2020, onde decidido que “com o advento da Lei nº 13.964/2019, deu-se nova redação ao artigo 311 do Código de Processo Penal, vedando a decretação, de ofício, da prisão preventiva. Tendo em vista que a prisão preventiva do Paciente foi decretada de ofício, mostra-se imperiosa a sua revogação. Tratando-se de norma processual material mais benéfica, aplicável o princípio da retroatividade benéfica ao réu. Ordem concedida, para revogar a prisão preventiva do

por ser medida pré-cautelar, não subsiste mais sem que haja representação expressa da autoridade policial ou pedido do MP para que seja decretada a prisão preventiva ou outra medida cautelar. Mesmo que não se compreenda suficientemente o alcance da garantia da imparcialidade e da estrutura acusatória-constitucional do processo penal, é certo que, por força das normas supratranscritas, o juiz não pode "converter" o flagrante em prisão preventiva de ofício (art. 310, CPP). Caso assim proceda, estará decretando de ofício a custódia cautelar. A prisão processual, antes do início formal do processo, somente poderá ser decretada pelo magistrado quando houver representação da autoridade policial ou pedido do MP (art. 3º-A, CPP).⁴³

Outra alteração significativa diz respeito ao art. 282, § 3º, do CPP. O dispositivo potencializa o contraditório prévio à imposição de medida cautelar, exceto na hipótese de urgência ou perigo de ineficácia da medida, incluindo, para tal (inovação pela Lei 13.964/2019), o dever de o magistrado justificar, concretamente, quando não for o caso de deferir o contraditório prévio.⁴⁴ Nesse aspecto, na *law in action* também se verificou uma certa resistência.⁴⁵ De qualquer forma, a nova redação reforça o contraditório no juízo de decretação das medidas cautelares, na medida em

Paciente, 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”.

⁴³ V. em GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisões, liberdade e as cautelares pessoais: nova formatação a partir de 2020*. Madri, Marcial Pons, 2020, p. 45 a 47, a vedação da imposição de medidas cautelares *ex officio*, em face da estrutura acusatória do processo penal.

⁴⁴A intimação da parte contrária era regra geral na decretação das medidas cautelares, exceto nos casos de urgência ou perigo de ineficácia da medida, desde a Lei nº 12.403/2011. A nova lei acrescentou a necessidade de ser justificado quando a observância do contraditório impossibilitar a decretação da cautelar.

⁴⁵ V. STJ, RHC 75.716/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, *DJe* de 10/05/2017, onde consta, expressamente, que “a reforma do Código de Processo Penal ocorrida em 2011, por meio da Lei no 12. 403/11, deu nova redação ao artigo 282, § 3º, do Código, o qual passou a prever que, ‘ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.’ ... “a providência se mostra salutar em situações excepcionais...”.

que houve o acréscimo do prazo de cinco dias à manifestação da parte, além da exigência de fundamentação concreta nas hipóteses que não forem possíveis a sua intimação, o que revela ser medida excepcional. Além disso, é preciso que o dispositivo em questão seja observado em conformidades com a normatividade constante no art. 315, § 2º (idoneidade da fundamentação) e no art. 564, V (nulidade da decisão carente de fundamentação), ambos do CPP. O efeito do descumprimento dessa regra é a ilegalidade da detenção. Neste ponto, a Lei 13.964/2019 apenas incorporou o previsto na CF, mais precisamente em seu art. 93, IX, ao exigir fundamentação de todas as decisões do Poder Judiciário, sob pena de nulidade.

A prisão como *ultima ratio* também se infere do art. 282, § 4º, do CPP. Ou seja, nas hipóteses de descumprimento das cautelares alternativas à prisão (art. 319, CPP), antes de ser decretada a prisão do sujeito, outras alternativas deverão ser buscadas, como a acumulação de mais medidas alternativas ou a substituição das impostas (descumpridas). A atuação deverá ser por provocação das partes e não de ofício, devendo tal dispositivo ser interpretado de conformidade com o art. 3º-A, do CPP. A revogação da medida, quando favorável ao *status libertatis* poderia se justificar *ex officio*, embora na dicção literal do art. 282, § 5º, do CPP poderia autorizar uma decisão de ofício. Aqui se poderia discutir a hipótese de já ter havido prévia iniciativa.

No art. 282, § 6º, do CPP foi reafirmada a absoluta excepcionalidade da prisão preventiva. O não cabimento de qualquer outra medida cautelar diversa (art. 319, CPP), deverá ser justificado, com esteio em elementos concretos, de forma individualizada. Assim, a modificação reforça a regra, já existente, no sentido da subsidiariedade da prisão em relação às demais medidas cautelares pessoais. Para tanto, o juiz deve motivar, concretamente e de modo individual, a insuficiência de medidas menos gravosas. Certamente, a alteração legislativa que trouxe maiores críticas (negativas), é àquela referida pelo § 2º do art. 310 do CPP. Há, aqui, mais uma vez, a inserção de hipótese de prisão preventiva automática, embora não nos mesmos moldes previstos em 1941. Sendo o imputado reincidente, integrante de organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá o juiz denegar a

liberdade provisória, independente da imposição de medidas cautelares, ao que tudo indica. A inovação se encontra, sem dúvida, suscetível à inconstitucionalidade da norma infralegal, especialmente em razão dos julgados firmados pelo STF no sentido de que as prisões preventivas automáticas são vedadas, diante do postulado da presunção de inocência como regra de tratamento no processo penal.⁴⁶

Inovação que se mostra também relevante é a que altera parte da norma prevista no art. 312 do CPP. Nesse dispositivo, a crítica tem como base o principal aspecto negativo que é citado quando se aborda a prisão preventiva, no que tange à legislação: ausência de um conceito claro e coerente das hipóteses de cabimento da custódia cautelar. A falta de significados para os termos propostos pelo legislador tem como principal efeito a exteriorização de pré-compreensões inautênticas e inidôneas, com nítido cariz totalitário. É rotineiro uso de expressões como “clamor público”, “gravidade do crime”, “reiteração criminosa”, “credibilidade da justiça” para justificar a segregação cautelar do imputado. Tais critérios estão longe de servir como motivo idôneo para legitimar a medida pela simples lógica de que a prisão cautelar deve assegurar o objetivo do processo em relação ao crime específico da imputação, jamais sob amparo a elementos subjetivos do acusado ou a circunstâncias relativas a outro delito. A Lei 13.964/2019 não trouxe nenhum aperfeiçoamento em relação aos termos empregados, tendo alterado a norma apenas com o propósito de realçar as disposições tocantes ao *fumus commissi delicti* e ao “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado” (*periculum libertatis*). No art. 313, §2º, do CPP foi inserida disposição importante, ressaltando posições consolidadas pelo STF no sentido de que a prisão preventiva somente pode ser fundamentada em fatos concretos, e não em argumentações genéricas e abstratas, além de trazer o requisito da “contemporaneidade”, já que a custódia cautelar não pode se justificar em fatos passados e já conhecidos⁴⁷.

⁴⁶ V. STF RE 1.038.925, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 19-09-2017.

⁴⁷ V. STF HC 156600, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 25/09/2018, Processo Eletrônico *DJe*-203, de 19-09-2019. Habeas Corpus. Processo penal. Impetração contra decisão do Superior Tribunal de Justiça. Súmula 691/STF. Princípio da Proteção Judicial Efetiva.

Sob ponto de vista da própria finalidade da prisão preventiva, conforme aqui já salientado, a alteração do texto do §2º do art. 313 do CPP⁴⁸ é redundante, na medida em que a prisão preventiva não se caracteriza como antecipação de pena, mas de exigência cautelar e processual. Além do mais, a abertura de investigação ou persecução penal, por si só, não é justificativa à prisão cautelar.⁴⁹

A previsão prevista no parágrafo único do art. 316 do CPP foi extremamente relevante, ainda que insuficiente, para ajustar a prisão preventiva ao desenho constitucional. Até então, consoante já referido, não havia nenhuma disposição acerca do limite temporal da prisão preventiva. A Lei 13.964/2019, de certa maneira, também não o fez, salvo o disposto no art. 3º-B, § 2º, CPP. Contudo, impôs ao magistrado o dever de realizar, *ex officio*, a revisão periódica da custódia cautelar, a cada noventa dias, para que seus motivos permaneçam válidos.⁵⁰ A inovação é positiva já que, por ser medida excepcional e provisória, impede reavaliá-la constantemente, mormente em face da mutabilidade da situação fática. Certamente haverá obstáculos à efetivação da revisória, na medida que a dicção legal é pela competência

Situação de fato que permite a superação do verbete. Prisão Preventiva. Art. 312 do Código de Processo Penal. Pretendida revogação da prisão ou substituição por medidas cautelares diversas. Art. 319 do Código de Processo Penal. Constrição fundada na conveniência da instrução penal. Insubsistência. Ausência de contemporaneidade do decreto prisional nesse aspecto. Gravidade em abstrato das condutas invocadas. Inadmissibilidade. Hipótese em que as medidas cautelares diversas da prisão se mostram suficientes para obviar o *periculum libertatis* reconhecido na espécie. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva do paciente por outras medidas cautelares.

⁴⁸ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: [...] 2º 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.

⁴⁹ V. STF HC 115613, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-155, de 13-08-2014.

⁵⁰ Segundo o enunciado 31, extraído da I Jornada de Direito e Processo Penal, de 10 a 14 de agosto de 2020, na Justiça Federal, no âmbito do Conselho da Justiça Federal e do Centro de Estudos Judiciários, A decisão de revisão periódica da prisão preventiva deve analisar de modo motivado, ainda que sucinto, se as razões que a fundamentaram se mantêm e se não há excesso de prazo, sendo vedada a mera alusão genérica à não alteração do quadro fático”.

do órgão emissor da decisão, quem já pode ter encerrado a jurisdição naquele âmbito. Por isso, na perspectiva de uma hermenêutica integradora à aderência constitucional da preservação dos direitos e das liberdades fundamentais, é de admitir-se a possibilidade de revisão na instância onde se encontrem os autos.⁵¹ Com a efetivação do “Juiz das Garantias”, após o recebimento da denúncia ou queixa, ocorrerá o reexame da necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias. Tendo o legislador previsto a revisão nos casos relacionados à prisão preventiva, medida que detém o maior impacto quanto aos direitos fundamentais do imputado, com mais razão há de ser permitido o reexame no tocante às cautelares diversas do recolhimento ao cárcere.

5 FINALIZANDO

Da CF de 1988 se extrai um modelo de processo penal, a servir de guia à aplicação normativa, concretizando o Estado Democrático de Direito. Nesse modelo constitucional, a função do juiz é a de garantidor de que o direito penal material e o processual são limitadores da potestade punitiva, como terceiro imparcial. Contudo, o CPP vem de uma realidade jurídica forjada na década de 1940, em pleno “Estado Novo”. Nestas condições, mesmo com o advento da redemocratização, não houve adequação jurídica da normatividade ordinária à CF e aos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil. Há dificuldades de aplicar a própria lei ordinária em se tratando de preservação de garantias e dos direitos fundamentais.

As atribuições dadas ao julgador estão diretamente ligadas ao sistema processual penal vigente em cada jurisdição. O exame

⁵¹ Segundo o enunciado 19, extraído da I Jornada de Direito e Processo Penal, de 10 a 14 de agosto de 2020, na Justiça Federal, no âmbito do Conselho da Justiça Federal e do Centro de Estudos Judiciários, “Cabe ao Tribunal no qual se encontra tramitando o feito em grau de recurso a reavaliação periódica da situação prisional do acusado, em atenção ao parágrafo único do art. 316 do CPP, mesmo que a ordem de prisão tenha sido decretada pelo Magistrado de primeiro grau”.

da evolução histórica da prisão preventiva permite concluir que o protagonismo do magistrado no campo do processo penal é contínuo em cada emenda ou tentativa de reforma. É no exercício do poder de encarcerar preventivamente que se observa o grau de maturidade do ordenamento jurídico e a compreensão acerca da evolução científica na aplicação do direito processual penal. As garantias e os direitos fundamentais, vinculados ao devido processo constitucional, possuem uma trajetória de aniquilação ao longo dos anos, apesar das reformas pontuais.

A Lei 13.964/2019, advinda do denominado “Pacote Anticrime”, trouxe modificações importantes atinentes à matéria da prisão preventiva. Houve mudanças positivas que, sem dúvida, elevam a legislação processual penal a um patamar de harmonia com a Lei Maior, jamais antes consagrado pelas outras reformas. Entretanto, há o perigo do desvirtuamento dos avanços trazidos pela Lei 13.964/2019, em face da forte formação inquisitorial, em todos os âmbitos jurídicos, como ocorreu, por exemplo, após a Lei 12.403/11, quando introduziu medidas alternativas ao encarceramento, com pouca eficácia na aplicação normativa. A resistência a um processo penal aderente à normatividade constitucional e convencional se verificou logo no início, com o aforamento de várias ADINs atacando os maiores avanços científicos da referida lei. Podemos destacar como avanços em termos de prisão preventiva: vedação de sua decretação de ofício; necessidade de justificar a impossibilidade do contraditório nas cautelares; consideração somente de fatos concretos, novos ou contemporâneos na decretação da prisão preventiva; necessidade de justificar, de forma individualizada, a não aplicação das medidas alternativas constantes no art. 319 do CPP; a revisão da necessidade de continuação da prisão preventiva, a cada 90 dias; a fundamentação idônea da prisão processual, a qual não se constitui em antecipação da tutela penal.

6 REFERÊNCIAS

- ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal (Introducción)*. Madrid, Edersa, 1997.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. “Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias”, em BONATO, Gilson (Org.). *Processo Penal, Constituição e Crítica: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 343 a 365.
- CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual*. Madri, Marcial Pons, 2014.
- COUTINHO, Jacinto. “O papel do novo juiz no processo penal”. Disponível em <https://emporiodireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal> - acesso em 27.10.2019.
- DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: to the legal process*. New Haven and London, Yale University Press. Kindle Edition, 1986.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Bari, Laterza, 2004.
- FERRUA, Paolo. *Il Giusto Processo*. Bolonha, Zanichielli, 2007.
- FESTINGER, Leon. *Teoria da Dissonância Cognitiva*. Rio de Janeiro, Zahar, 1975.
- HASSAN CHOUKR, Fauzi. *Código de Processo Penal Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial*. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 1999.
- GARAPON, Antoine e PAPAPOULUS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e França*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.
- GEERTZ, Clifford. *The Interpretation of Cultures*. Nova Iorque, Basic Books, 2017.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisões, liberdade e as cautelares pessoais: nova formatação a partir de 2020*. Madri, Marcial Pons, 2020.
- GIACOMOLLI, Nereu. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo, Atlas, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. “Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Residência às Reformas”, em *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. V.1. n. 1. Porto Alegre, 2015, p. 155 a 160.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro*. Florianópolis, Tirant Lo Blanch, 2018.

GOLDSCHMIDT, Werner. *La imparcialidad como principio básico del proceso: la partialidad y la parcialidade*. Madrid, Gráfica Clemares, 1950.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

HIRSCHL, Ran. “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo”, em *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, maio/ago. 2009, p. 139-178.

LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia de Derecho*. Barcelona, Ariel, 1966.

LIBERA, Lindomar Luiz Della. In *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano 62, nº 442, agosto de 2014. p. 103-122.

MAUS, Ingeborg. “O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”, em *Revista Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, nov. de 2000.

MARTINS, Osnilza Borges. “Teoria da Dissonância Cognitiva”, em *Revista Educar*, n. 02, jan-abril de 1982.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. São Paulo, Atlas, 2013.

OST, François. “Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez”, em *DOXA*, nº 14, 1993. p. 169 a 194.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. “O Juiz como um Terceiro Manipulado no Processo Penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança”, em *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 15 a 25.

SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional Personae*. New York: Oxford University Press, 2015.

SWEET, Alec Stone. “Constitutional Courts”, em ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law Oxford*: Oxford University Press, 2012, p. 816 a 828.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.