

PRISÃO *EX LEGE*: UMA ANÁLISE SOBRE SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

EX LEGE PRISON: AN ANALYSIS OF ITS (IN)CONSTITUTIONALITY

Vitória Piffer Colombo⁸⁹

Resumo: Devido a uma série de princípios constitucionais e processuais penais muito caros ao Estado de Direito, a prisão preventiva deve ser utilizada de forma excepcional, podendo ser decretada apenas pelo juiz, de forma fundamentada e com respeito à presunção de inocência. A Lei nº 13.964/2019 estabeleceu duas hipóteses de prisão obrigatória, colocando em dúvida se tais postulados foram de fato respeitados. Destarte, o presente trabalho pretende analisar a compatibilidade dos novos dispositivos com a Constituição Federal e com outras normas presentes no próprio Código de Processo Penal.

Palavras-Chave: Processo Penal. Prisão obrigatória. Lei Anticrime

Abstract: *Due to several constitutional and procedure principles that are very important to the rule of law, preventive detention should be used exceptionally, and may be ordered only by the judge, in a reasoned manner, respecting the presumption of innocence. Law No. 13,964/2019 established two cases of mandatory detention, putting in doubt if those postulates were observed. Thus, this paper analyzes the compatibility of the new provisions with the Federal Constitution and other rules present in the Code of Criminal Procedure itself.*

Keywords: *Criminal Procedure. Mandatory Arrest. Anticrime Law.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Histórico do regime de prisões cautelares “automáticas”. 3. Principiologia das prisões cautelares. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente trabalho busca examinar a compatibilidade das hipóteses de prisão preventiva obrigatória introduzidas pela Lei 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) com a Constituição Federal e os princípios que regem as medidas cautelares de natureza pessoal dentro do processo penal brasileiro.

Como é sabido, na ADPF 347 o Supremo Tribunal Federal declarou a situação carcerária do Brasil como um “estado de coisas inconstitucionais”, com violações constantes a direitos fundamentais, inclusive por culpa e omissão do Estado. Segundo dados do Infopen (2019), em dezembro de 2019 cerca de 29,75% da população carcerária brasileira era composta por presos que aguardam julgamento, o que revela que a prisão preventiva é um fator de peso nos índices do encarceramento.

As mazelas de nosso sistema prisional certamente não distinguem entre presos provisórios e definitivos, e é pensando no fenômeno do superencarceramento e nas possíveis

⁸⁹ Bacharela em Direito (UEM); Assistente de Juiz (TJPR); Maringá, Paraná, Brasil; vitoriapiffercolombo@gmail.com

violações a princípios basilares do processo penal que a popularização das prisões preventivas *ex lege* acende um alerta.

Sendo assim, abordar-se-á a evolução histórica do regime de prisões cautelares, analisando como o instituto se comportou ao longo do tempo e qual era o momento político que influenciou as diversas alterações legislativas relacionadas ao tema.

Verificado este panorama histórico-político, passar-se-á ao exame dos princípios constitucionais e processuais penais que refletem na esfera das prisões processuais, chamando-se a atenção ao dever que cada um deles impõe.

Em seguida, analisar-se-á a interação entre discurso político e as alterações trazidas pela Lei 13.964/2019, bem como o relacionamento destas com a trama principiológica que norteia o cárcere provisório.

2. Histórico do Regime de Prisões Cautelares “Automáticas”

Nesta parte inicial, realizar-se-á um tracejado histórico da evolução do regime de medidas cautelares de natureza pessoal, a fim de se compreender a ascensão, a decadência e o ressurgimento constante da prisão preventiva “automática”, ou, em outros termos, os fundamentos das pretensões legislativas de se criar hipóteses de liberdade provisória proibida. As limitações próprias deste trabalho não permitem, no entanto, colecionar todas as alterações ocorridas em matéria de prisão cautelar; todavia, selecionar-se-ão as mais relevantes para a compreensão da evolução do instituto.

De um modo geral, o cenário político que circunda a trajetória da promulgação do Código de Processo Penal de 1941 guarda muita similaridade com aquela trilhada pelo Código de Processo Penal italiano de 1930, o *Codice Rocco*. Ambos os diplomas legais foram desenvolvidos no momento em que regimes totalitários ascendiam pelo mundo, à margem do Estado de Direito, num contexto marcado pela crise do pensamento liberal e pela rejeição aos ideais democráticos. Na ideologia fascista, valorizava-se um eficientismo estatal, materializado por meio da concentração de poderes, com o pretexto de se combater as adversidades naturalmente decorrentes do jogo democrático, as quais, ao ver de seus defensores, atrasariam a prosperidade da nação, sendo certo que este protagonismo do Estado influenciou a atividade legiferante da época.

No Brasil, o CPP nasce durante o Estado Novo, sob a égide da Constituição Federal de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, na qual havia a previsão de que o processo legislativo se daria por iniciativa do Executivo (NUNES, 2016). Aproveitando-se da “facilidade” decorrente

da quase nula interferência do Parlamento, a formulação de leis ficou concentrada em comissões de juristas capitaneadas pelo Ministério da Justiça (assim como ocorreu na Itália com Rocco e Manzini), o que acabou por imprimir a personalidade do governo às leis, de modo que “o ato de legislar era, portanto, sinônimo de reforço da autoridade do regime” (NUNES, 2016, p. 168).

Dentro do ideário totalitarista, um Estado forte era aquele que dispunha de mecanismos de controle social, sendo a lei um deles, já que valeria tanto para a imposição de ordem e disciplina, como para a manutenção do poder, sem olvidar que a afirmação da lei funcionava como a afirmação do próprio sistema (GIACOMOLLI, 2015). À vista de tais objetivos, nada mais conveniente do que moldar à própria maneira o sistema criminal, e é nesta linha que se naturalizaram no processo penal constantes subversões de direitos e garantias individuais – notadamente, a liberdade – em nome do bem comum ou da segurança coletiva.

Percebia-se desde a gênese da persecução penal uma tendência de neutralização do acusado, compreendido como um inimigo público, cuja única forma de correção seria a intervenção brusca do Estado, conforme a convicção de que aos agentes públicos caberia fazer o bem e a justiça por meio da punição, numa acepção educativa do totalitarismo (GIACOMOLLI, 2015).

O tratamento dado pela redação original do CPP às medidas cautelares de natureza pessoal não escapa dessa lógica: a dinâmica cautelar se resumia à concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, esta última em escassas situações, ou à permanência do acusado no cárcere durante todo o processo, inclusive podendo ter sua prisão decretada de ofício pelo juiz. Aqui surge o que se convencionou chamar de bipolaridade cautelar do sistema brasileiro (CRUZ, 2011).

Especificamente sobre a prisão preventiva, quando promulgado, o art. 312 do CPP previa sua obrigatoriedade nos crimes apenados com pena máxima igual ou superior a dez anos de reclusão, sem dar qualquer margem de discricionariedade ao magistrado, cujo único exercício de cognição seria a verificação dos indícios do crime, pois, havendo a presença destes, não existiria espaço para qualquer análise sobre a conveniência ou necessidade da medida (NORONHA, 1966, apud GLOECKNER, 2018).

O cárcere provisório também era consequência da prolação de sentença condenatória recorrível e da decisão de pronúncia, conforme redação original dos arts. 313, I e 408, §1º, do CPP, respectivamente. Não suficiente, o sistema recursal igualmente estava impregnado de comandos de segregação “automática”: o art. 594 previa que o réu não poderia apelar sem

recolher-se à prisão; por sua vez, o art. 585 enunciava que o réu não poderia recorrer da pronúncia senão depois de preso, salvo se prestasse fiança, quando cabível; por fim, o art. 596 anunciava que a apelação da absolvição não impediria que o réu fosse colocado imediatamente em liberdade, mas apenas quando fosse absolvido de delitos apenados com pena inferior a oito anos de reclusão. Como se vê, na grande maioria dos casos o direito de recorrer era condicionado ao recolhimento à prisão, em nítida supressão ao efeito suspensivo dos recursos e aniquilação da presunção de inocência.

O alargamento do uso da prisão cautelar veio escancarado na Exposição de Motivos do CPP. Francisco Campos, então Ministro da Justiça do Governo Vargas, consignou, no capítulo referente às prisões, que:

O interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos, que redundam em assegurar, com prejuízo da futura ação penal, a afrontosa intangibilidade de criminosos surpreendidos na atualidade ainda palpitante do crime e em circunstâncias que evidenciam sua relação com este. (CAMPOS, 1941, p. 4)

Ainda, como bem relembra Gloeckner (2018), parcela da doutrina da época considerava a prisão preventiva benéfica ao acusado, uma vez que garantiria a presença em todos os atos do processo para se defender, ou então, serviria para resguardar sua integridade física, eis que evitaria o linchamento público. Segundo o mesmo autor, esses argumentos estão inseridos em uma inversão retórica característica dos regimes autoritários, em que o Estado dissimula sua sobrepujança com um discurso de proteção universal.

Avançando na história, o regime cautelar permaneceu praticamente intocado até a vinda da Lei 5.349 de 1967, que revogou a prisão obrigatória do art. 312 e acrescentou ao referido dispositivo os elementos de cautelaridade antes previstos na redação original do art. 313 do CPP, que tratavam das situações de prisão preventiva facultativa.

Mais adiante no regime militar, se nota um paulatino afrouxamento da rigidez outrora estabelecida pelo Código: a Lei 5.941/73 alterou os arts. 408 e 594, passando a prever a possibilidade de o réu recorrer em liberdade, se primário e de bons antecedentes. Em respeito à concretização do direito à memória, acredita-se ser pertinente ressaltar que, apesar de ter sido considerada um avanço, a referida lei foi aprovada a toque de caixa pelo Congresso Nacional que, alinhado ao regime, tinha o intuito único de evitar que Sérgio Paranhos Fleury, delegado encarregado pelo DOPS paulista, fosse recolhido à prisão após condenação no caso “Esquadrão da Morte” (MEMORIAL DA DEMOCRACIA, s. d.).

No ano de 1990, já na vigência da CF/88 e em tendência contrária à flexibilização que

até então se observava, foi promulgada a Lei nº 8.072, que, além de dar vida ao comando constitucional de criação dos crimes hediondos, também vedava em seu art. 2º, inciso II, a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança aos delitos desta espécie.

No mesmo ano, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a resolução Nº 45/110, conhecida como Regras de Tóquio, na qual, objetivando arrefecer a dinâmica do encarceramento, congregaram-se disposições mínimas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Na seção referente à fase que antecede o julgamento, mais precisamente nos itens 6.1 e 6.2, se recomendou a utilização da prisão preventiva como último recurso e somente enquanto subsistirem os motivos que a ensejaram. Apesar de não ter força de lei, as Regras de Tóquio influenciaram diversas produções legislativas nacionais de tendência descarcerizadora, como a Lei nº 9.099/1995 (GOMES, 2000).

Malgrado a década de 1990 e o início dos anos 2000 no Brasil sejam marcados pela edição de importantes leis penais especiais que revelaram um expansionismo do direito penal, vale observar que se nota a ocorrência paralela de um movimento pela valorização das medidas alternativas ao cárcere e a limitação da incidência da prisão preventiva, não sendo incoerente, portanto, reconhecer a concorrência dos dois fenômenos (LOBO; LIMA, 2018).

Prosseguindo, a reforma operada no CPP pelas Leis 11.719/2008 e 11.689/2008 extinguiu as hipóteses remanescentes de prisão cautelar decorrente da pronúncia ou de sentença condenatória recorrível, além de estabelecer que o juiz decidirá, fundamentadamente, na sentença, sobre a imposição ou manutenção da prisão. Posteriormente, a Lei 12.403/2011 trouxe ao bojo do diploma processual penal ao menos nove medidas cautelares diversas da prisão (art. 319), conferindo mais opções ao magistrado e superando a escolha maniqueísta entre o cárcere e a liberdade provisória. Não obstante, inseriu-se a expressão “medidas cautelares” ao título IX do CPP, que passou a ser denominado como “da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”.

Com a Lei 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), foram introduzidas diversas reformas em matéria de medidas cautelares pessoais, muitas delas consideradas progressistas, como a adição de novos parágrafos aos arts. 312 e 315 do CPP e a obrigatoriedade de revisão periódica da prisão preventiva (art. 316, parágrafo único). Contudo, ao mesmo tempo que trouxe importantes avanços, houve o restabelecimento de ao menos duas hipóteses de prisão decorrente da lei: o §2º do art. 310 do CPP passou a prever que o juiz deve denegar a liberdade provisória, análise da prisão em flagrante, se o agente for reincidente, integrar organização criminosa armada ou milícia, ou se portar arma de uso restrito; por sua vez, o art. 492, I, ‘e’, tornou obrigatório o recolhimento à prisão do réu condenado em primeira instância

a pena igual ou superior a quinze anos nos crimes de competência do Tribunal do Júri.

Em conclusão, vê-se que a redação original do CPP cultivava uma tendência forte de combate ao acusado por meio da privação provisória da liberdade. A breve exposição histórica apresentada demonstrou que tal disposição autoritária se flexibilizou e se modernizou ao longo do tempo, mas aparenta ter retornado com a nova redação do art. 310, §2º do CPP, a qual se crê ser uma expressão de um “ambíguo garantismo inquisitório” (GIACOMOLLI, 2015, p. 164) que, na verdade, não quer se descolar das raízes ideológicas cravadas em 1941.

3. Princiologia das Prisões Cautelares

Vale esclarecer, desde já, que este tópico não se presta a exaurir a análise de todos os princípios referentes às prisões cautelares. Buscar-se-á, entretanto, elucidar os mais importantes para a compreensão da crítica a ser tecida, mormente aqueles relativos à atividade do magistrado no momento em que decreta a prisão.

Iniciamos a exposição com o princípio da presunção de inocência, fundamental em qualquer sistema processual que se defina como acusatório. Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da presunção de inocência está consagrado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, quando este prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Referido princípio também encontra substrato convencional, estando previsto no art. 11, da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, bem como no art. 8º, §2º, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

É importante mencionar que pelo fato de a Constituição Federal utilizar o termo “culpado” enquanto os documentos internacionais, em sua maioria, usam a palavra “inocente”, há quem faça a distinção entre presunção de não culpabilidade e presunção de inocência. Todavia, para os fins deste artigo, as duas expressões serão utilizadas de forma sinônima, seguindo a posição que diz se tratar de mera diferença terminológica (BADARÓ, 2003).

A presunção de inocência pode ser analisada sob quatro aspectos: como garantia política, como regra de juízo, como regra probatória e como regra de tratamento. Visto como garantia política, o referido princípio é uma das vias pelas quais se protege o direito fundamental à liberdade, pois, no mesmo instante que se comina um estado geral de inocência, é imposto o dever de se passar pelo devido processo para ver aquela liberdade limitada (BADARÓ, 2003). Esta limitação, via de regra, só decorre da condenação definitiva,

que nada mais é do que a perda legítima do *status* de inocente. Sendo assim, ousamos dizer que a presunção de inocência se trata também de uma garantia existencial, visto que em último grau busca preservar a liberdade, condição inerente à vida humana.

Como regra de juízo, estabelece o *in dubio pro reo*, que confere ao acusado o benefício da dúvida nas situações de incerteza judicial, além de tecer critérios de suficiência e qualidade probatória (*standards*), impondo que uma condenação só é válida quando subsidiada por provas que ultrapassem a dúvida razoável. Autores como Lopes Jr. (2021) entendem que, de forma antecedente e destacada da regra de julgamento, o mencionado princípio opera como norma probatória, pois, devido ao prévio estado de inocência, faz incumbir à acusação o ônus de comprovar a prática do crime em todas as suas circunstâncias, não sendo tarefa do réu fazer o oposto.

Esclarece-se que embora em muitas ocasiões a regra de juízo e a regra probatória sejam tratadas de forma conjunta pela doutrina, compartilhamos o entendimento de que a primeira se difere da última devido à sua natureza subjetiva, pois se relaciona com a atividade de apreciação e valoração da prova, ao passo que a segunda prescreve um modelo de construção de prova, processo de ordem objetiva.

Mais importante para o tema aqui abordado é a presunção de inocência enquanto regra de tratamento. Nessa faceta, é dever do juiz garantir que o acusado não seja tratado como culpado até eventual condenação definitiva, o que abrange desde a parcimônia no uso dos mecanismos processuais de coerção até a proteção da imagem e vida privada do acusado a fim de se evitar excessiva exploração midiática, em uma verdadeira função extraprocessual (LOPES JR., 2021).

Esta garantia de tratamento redundante em outra de igual importância, a excepcionalidade do cárcere provisório, que está insculpida tanto na Constituição Federal (art. 5º, LXVI) como no CPP (art. 282, §6º). O caráter de *ultima ratio* obriga que a decretação de toda prisão processual esteja “fundada em um juízo concreto de sua necessidade, e não em meras presunções abstratas de fuga, periculosidade e outras do mesmo gênero” (BADARÓ, 2015, p. 58).

Impossível não questionar de que modo a prisão cautelar, ainda que excepcional, é compatível com a presunção de inocência, especialmente ao se pensar que, na prática, o acusado segregado vivencia na pele os mesmos efeitos de uma condenação em regime fechado. No entanto, reunimos aqui três argumentos que buscam reforçar a coexistência dos dois institutos.

Primeiramente, a presunção de inocência, como os demais princípios, não é absoluta.

Ela admite relativizações excepcionais, desde que presente uma necessidade cautelar (LOPES JR, 2021). Em segundo lugar, advoga-se que tanto a presunção de não culpabilidade como as prisões cautelares gozam de previsão constitucional, e, sendo normas de mesmo nível hierárquico, podem conviver harmonicamente dentro do mesmo complexo normativo (LIMA, 2020).

O último argumento, ao qual queremos conferir especial relevância, trata da primazia do panorama político da presunção de inocência. Valendo-se de uma ótica estritamente lógica, parece mesmo incoerente sustentar que a prisão preventiva respeita o dever de tratamento, sobretudo porque para a deflagração da ação penal é imprescindível a presença da justa causa, que nada mais é do que a existência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, categorias que inevitavelmente traduzem um juízo de possível responsabilidade penal daquele que será submetido ao devido processo.

Todavia, objetivando superar a controvérsia, grifamos as palavras de Cruz (2011, p. 73), para quem “a presunção de não-culpabilidade deve ser vista como uma presunção de natureza política, e não meramente jurídica e muito menos lógica”, pois o cerne do princípio é a garantia de um direito individual, que deve ser assimilado e reafirmado de forma despreendida do eventual resultado do processo. Deste modo, pouco importa se o acusado foi considerado culpado ou inocente ao final, mas é substancial que ele tenha sido tratado como inocente até a superveniência da decisão judicial definitiva.

Em síntese, no que se relaciona às prisões cautelares, a presunção de inocência é referencial limitador de seu uso, pois ordena um dever de tratamento que impõe que a prisão deve ser usada de forma excepcional, quando existirem fundamentos concretos e contemporâneos que a justifique. Esta exigência de concretude da necessidade cautelar se relaciona a duas outras normas: o princípio da jurisdicionalidade e o dever de fundamentação.

Em matéria de prisão cautelar, a Constituição Federal positivou o princípio da jurisdicionalidade por meio do art. 5º, LXI, que expressa que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”. Significa dizer que toda e qualquer medida que tenha o condão de privar a liberdade do indivíduo, em maior ou menor grau, deverá passar pelo crivo do Poder Judiciário, que, na figura do juiz, analisará se estão presentes os requisitos e os fundamentos para tanto.

A lei delegou exclusivamente ao magistrado o poder de limitar certas garantias individuais, como a liberdade de locomoção, a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das comunicações telefônicas. A fixação de tais cláusulas de reserva de jurisdição constitui uma manifestação típica do Estado Democrático de Direito, o qual, ao atribuir à figura do juiz a

tutela das liberdades públicas, objetiva preservar os direitos do indivíduo em face de seu próprio poder (LIMA, 2020).

A exigência de intervenção do Poder Judiciário remete mais uma vez à acepção política da presunção de inocência, no sentido de que o uso de medidas restritivas aos referidos direitos deve operar sob a perspectiva da exceção e em atenção ao devido processo legal, visto que o exercício pleno daqueles é a regra. À vista disso, entendemos que a jurisdicionalidade funciona como uma barreira ao arbítrio, já que dificulta a restrição da liberdade por meios que não a via judicial, sem esquecer que as manifestações do Poder Judiciário, ao menos em tese, são acompanhadas pelas garantias da imparcialidade e do juiz natural.

A jurisdicionalidade está umbilicalmente ligada ao dever de fundamentação, que, por sua vez, está consignado no art. 93, IX, da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”. A razão de ser da fundamentação das decisões judiciais se divide em dois aspectos: um endoprocessual e outro extraprocessual.

Sob o enfoque endoprocessual, a motivação atua como uma garantia para as partes, eis que as permite compreender de forma adequada as razões de decidir do magistrado, tornando-lhes possível substrato suficiente para impugnar a solução judicial adotada – o que, aliado ao duplo grau de jurisdição, expressa-se como o controle do Estado sobre sua própria atividade (BADARÓ, 2015).

Conforme uma perspectiva extraprocessual, a exigência de fundamentação ocupa uma função eminentemente política, pois, junto com o princípio da publicidade, possibilita o controle social – e, portanto, democrático – da forma que o juiz administra a justiça (GOMES FILHO, 2013; BADARÓ, 2015). Nas palavras de Ferrajoli (2002, p. 492 apud CRUZ, 2011, p. 86), funciona como uma “garantia de segundo grau” ou “garantia das garantias”.

Num recorte específico sobre a prisão cautelar, a necessidade de fundamentação é reforçada pelos arts. 283, *caput* e 315, *caput*, do CPP, que utilizam as expressões “ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária” (reprodução literal do art. 5º, LXI, CF) e “decisão [...] sempre motivada”, respectivamente. A decisão que decreta a prisão cautelar deve apontar a existência dos requisitos do *carcer ad custodiam*, quais sejam, a prova da materialidade e os indícios de autoria, além de expor as premissas fáticas das quais decorre a necessidade cautelar, que deve ser concreta, conforme exige o §2º do art. 312, CPP, instituído pela Lei 13.964/2019.

Apesar de já estar previsto com amplitude no CPP, a Lei 13.964/2019 reforçou o dever

de motivação ao acrescentar o §2º ao art. 315 do CPP, que, valendo-se da redação do art. 489, §1º, do Código de Processo Civil, enumera as hipóteses em que não se considera fundamentada a decisão judicial.

Ao apontar na letra da lei os vícios que tornam inidônea a fundamentação de uma decisão, entendemos que o legislador buscou fortalecer o dever de a prisão cautelar de fato possuir caráter cautelar, pois não raro são decretadas com o emprego de conceitos vagos como a “garantia da ordem pública” que, por vezes, camuflam uma ordem de segregação baseada em temores abstratamente presumidos.

Para encerrar a exposição feita acima e facilitar a compreensão da crítica que será tecida às prisões “automáticas”, concluímos que o dever decorrente de cada princípio abordado pode ser representado pela seguinte proposição: a prisão cautelar é medida excepcional que só pode ser decretada, de forma fundamentada, pelo magistrado, quando presente uma situação concreta e contemporânea de perigo processual.

4. Crítica do Ressurgimento da Prisão *Ex Lege* no CPP

De início, ressaltamos que a análise crítica obedecerá a sequência das considerações apresentadas nos tópicos acima, se iniciando com uma reflexão de ordem histórica e política e sendo finalizada com outra de cunho principiológico e constitucional.

Iniciamos a exposição reconhecendo que a Lei 13.964/2019 trouxe importantes avanços, a exemplo da consagração, no CPP, do sistema acusatório (art. 3º-A), antes implícito na Constituição Federal, a instituição do juiz das garantias e a vedação da decretação de ofício da prisão preventiva em qualquer fase da persecução penal (nova redação do art. 311, CPP). Embora a referida lei, em linhas gerais, tenha reverberado de forma oposta ao que foi originalmente pretendido pelo Executivo, parece ter destoado deste espírito “contestador” a aprovação dos arts. 310, §2 e 492, I, ‘e’, do CPP da forma como estavam previstos no projeto original.

O restabelecimento de novas hipóteses de prisão cautelar *ex lege*, guarda similaridade com o discurso político de combate ao acusado que inspirou a gênese do CPP em 1941. Como exposto no primeiro capítulo, a ideologia totalitária buscava submeter o homem às vontades do Estado – ente capaz de ditar em absoluto os caminhos para se atingir o bem comum –, funcionando o processo penal como um mecanismo de controle, punição e educação de quem se desviasse deste caminho.

Para além desta compreensão educativa do totalitarismo, justificou-se a supressão de

toda sorte de direitos individuais na esfera criminal por uma necessidade de reafirmação da lei e da ordem, e a primeira, quando aplicada exemplarmente, representaria o triunfo do Estado sobre um inimigo público. Desta forma, a detenção provisória era um meio quase instantâneo de reafirmar o controle estatal e de oferecer uma resposta punitiva à sociedade.

O discurso da lei e da ordem se modernizou e atualmente passou a ter a segurança pública e o combate à impunidade no eixo central das justificativas para o recrudescimento de institutos como a prisão preventiva, em prejuízo do *status* de liberdade do cidadão. Basta ver a exposição de motivos da Lei 13.964/2019, em que o Executivo, representado por seu autor, o então Ministro da Justiça Sérgio Moro, justifica as alterações propostas em um suposto fenômeno designado como “a mais grave crise de sua história em termos de corrupção e segurança pública” (MORO, 2019).

O emprego de uma emergência pública como subterfúgio para o “endurecimento” das leis penais é uma típica expressão de Estados que agem sob influência do populismo penal, em que o direito e o processo penal são acionados para tranquilizar aqueles que se sentem afoitos por conta de tal emergência, além de ser uma forma do Poder Público demonstrar que está engendrando esforços para remediar a situação, o que, muitas vezes, está atrelado a pautas eleitoreiras. Nesta linha, o alargamento do uso da prisão preventiva se mostra muito conveniente, já que é uma forma rápida de atender ao clamor público e mostrar que a ordem social está sendo restabelecida.

Todavia, esse movimento de adotar a punição como primeira estratégia para o enfrentamento dos mais diversos problemas é ineficaz e imediatista, já que ignora a busca por soluções a longo prazo, as quais certamente não estão atreladas ao uso do direito penal. Não obstante o fracasso a curto e a longo prazo, as prisões “automáticas” suprimem uma série de garantias muito caras ao processo penal e à ordem constitucional, como a presunção de inocência, a jurisdicionalidade e o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Como dito no segundo capítulo, a presunção de inocência enuncia que o acusado não deve ser tratado como culpado até ser definitivamente condenado e, admitindo-se válida a coexistência com as prisões cautelares, a regra de tratamento dela decorrente impõe o uso moderado de qualquer medida processual de coerção.

Fixada a premissa de que da presunção de inocência emana o princípio da excepcionalidade, fica claro que a prisão preventiva somente deve ser manejada quando as demais medidas previstas no CPP se mostrarem insuficientes e em casos que conclamem extrema necessidade de segregação, desde que baseados em indícios concretos de risco ao processo. Esta é a primeira barreira para a existência de prisões obrigatórias, pois, como

estabelecer como regra uma providência que deve ser pautada pela exceção?

Por muito tempo a prisão *ex lege* era aceita pelos tribunais superiores com base no próprio art. 5º, LXVI, da CF, uma vez que se ninguém seria preso quando a lei admitisse a liberdade provisória, poderia, por outro lado, ser recolhido ao cárcere quando esta mesma lei vedasse a concessão da contracautela (LIMA, 2020). Entretanto, entendemos que o inciso LXVI deve ser interpretado sistematicamente, em atenção ao teor dos demais dispositivos constitucionais que regulam a matéria – especialmente os incisos LVII e LXI do art. 5º –, pois, do contrário, a prisão preventiva se desvincularia de seu objetivo exclusivamente processual.

Ao prever situações de cárcere automático, a mensagem transmitida pelo legislador é quase que a de uma presunção de culpa do imputado, pois ele será segregado ainda que inexista uma hipótese indicando a necessidade da medida. E assim, qualquer espécie de prisão *ante tempum* que se encontre afastada desta finalidade cautelar ensejará indevida execução antecipada da pena (PENTEADO, 2021). Inclusive, o legislador confessou tal intenção na nova redação do art. 492, I, ‘e’, do CPP, ao tentar encaixar como prisão cautelar uma forma de se executar provisoriamente a pena nos crimes sujeitos ao rito do Tribunal do Júri.

Sendo assim, as inovações dos arts. 492, I, ‘e’ e 310, §2º, do CPP, bem como a instituição de qualquer outra forma de prisão preventiva obrigatória, padecem de flagrante inconstitucionalidade porque infligem ao acusado um tratamento como se condenado fosse, sem haver, necessariamente, uma situação de cautelaridade justificando este tratamento, o que ofende diretamente a presunção de não culpabilidade.

No caso específico do art. 492, I, ‘e’, listamos que a inconstitucionalidade também ocorre porque, ao autorizar o recolhimento à prisão após decisão do plenário, sem prejuízo da interposição de eventuais recursos, se criou implicitamente uma gradação ao princípio da presunção de inocência, que tem um marco muito bem delimitado pela CF – até o trânsito em julgado, não admitindo, portanto, mitigações ao longo das fases do processo.

Em relação à jurisdicionalidade, rememoramos a proposição formulada no final do segundo capítulo, segundo a qual a prisão cautelar “só pode ser decretada, de forma fundamentada, pelo magistrado, quando presente uma situação concreta e contemporânea de perigo processual”. Na posição de único legitimado a emitir uma ordem prisional, cabe ao juiz analisar se naquele caso concreto estão presentes os requisitos e os fundamentos da custódia cautelar.

Ao estabelecer condicionantes como reincidência e *quantum* de condenação para vedar a concessão de liberdade provisória, o Poder Legislativo comete uma verdadeira “usurpação

de competência”, pois retira do magistrado o poder de dizer o direito no caso concreto (jurisdição), ensejando assim o esvaziamento da atividade judicial, pois reduz o juiz ao papel de mero executor de um comando legislativo que, prévia e abstratamente, sugere um suposto risco ao processo que, por imposição legal, deve ser concreto e contemporâneo.

Por fim, no que se relaciona ao dever de fundamentação, se o conteúdo da nova redação dos arts. 310, §2º e 492, I, ‘e’, for seguido à risca, seria possível sustentar, sem maiores problemas, decisões denegatórias da liberdade fundamentadas com a simples remissão aos referidos dispositivos legais.

Contudo, o art. 315, §2º, do CPP – frise-se, também acrescentado pela Lei 13.964/2019 –, estipula que não se consideram fundamentadas as decisões que se limitem “à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”. Ou seja, as decisões que decretam a prisão preventiva devem demonstrar com concretude os motivos que a subsidiam, daí se notando mais uma inconsistência na tentativa de se restabelecer as prisões “automáticas”.

Segundo Badaró (2015, p. 61), o conteúdo da fundamentação compreende “(1) o enunciado das escolhas do juiz relativamente; (1.1) à individualização das normas aplicáveis; (1.2) à análise dos fatos; (1.3) à qualificação jurídica dos fatos; (1.4) às consequências jurídicas desta qualificação; (2) aos nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados”.

Com as prisões obrigatórias, a atividade cognitivo-judicial seria paralisada já no início, prejudicando o avanço para as etapas seguintes, visto que, para a emissão do título prisional, se dispensaria o exame dos fatos dos quais decorreria a necessidade de segregação, restando apenas “o enunciado das escolhas do juiz”. O cotejo fático ficaria restrito tão somente à verificação da prova da materialidade e dos indícios de autoria.

Deste modo, considerando que (i) a fundamentação contendo a simples indicação dos dispositivos que autorizam a prisão não é considerada idônea pelo art. 315, §2º, CPP, e que (ii) as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas (art. 93, IX, CF), sobretudo aquelas que decretam a prisão preventiva (art. 5º, LXI, CF e art. 283, *caput*, CPP), que (iii) devem indicar concretamente os fatos que justifiquem sua adoção (art. 312, §2º, CPP), difícil não concluir pela inconstitucionalidade das novas hipóteses de prisão *ex lege*, por afronta à garantia da motivação.

5. Considerações Finais

Da exposição realizada, percebe-se que os motivos por trás do ressurgimento das

prisões *ex lege* conservam a essência do discurso inquisitorial que dominava a produção legislativo-criminal do Brasil na década 1940. Apesar desse discurso ter se atualizado e flexibilizado na medida em que o Estado de Direito foi se reerguendo, ainda se nota uma preocupação de mostrar à sociedade que a lei está “valendo”. A fórmula constantemente se repete: usa-se um problema de ordem pública para autorizar o aumento do âmbito de incidência de alguns institutos, especialmente a prisão preventiva.

Ao reviver a prisão obrigatória, o legislador parece ter esquecido que o Estado de Direito e, principalmente, a aceção política da presunção de inocência, cominam que a liberdade é a regra, de modo que nem mesmo um processo criminal justifica a supressão desarrazoada deste direito. Assim sendo, elenca-se ao menos três aspectos em que os arts. 310, §2º e 492, I, ‘e’ do CPP parecem atentar contra a presunção de não culpabilidade: (i) há violação ao dever de tratamento; (ii) torna-se regra uma medida que deve ser excepcional e (iii) o caráter instrumental é substituído pela antecipação da pena.

No que concerne à jurisdicionalidade, os referidos artigos furtam do juiz a verificação da conveniência e da necessidade da medida, aparentando ter ocorrido uma confusão entre as atribuições constitucionais dos poderes Legislativo e Judiciário. Esta troca de papéis gera uma série de prejuízos ao jurisdicionado, pois o juiz assume uma função meramente homologatória, sem margem de discricionariedade para decidir em sentido oposto quando assim entender.

Por derradeiro, a prisão “automática” também se revela inconstitucional por afronta ao dever de motivação contido no art. 93, IX, CF, já que as decisões lastreadas unicamente nas hipóteses que o legislador veda a concessão da liberdade provisória não seriam consideradas fundamentadas segundo os critérios tecidos tanto pela própria CF como pelo CPP. A consequência direta da decisão carente de fundamentação é o reconhecimento de sua nulidade, conforme art. 564, V, do CPP.

6. Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 dez. 2021.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 07 dez. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Publicação Original.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 22 nov. 2021.

_____. **Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111689.htm>. Acesso em: 05 dez. 2021.

_____. **Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111719.htm>. Acesso em: 05 dez. 2021.

_____. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 06 dez. 2021.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

_____. **Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5349-3-novembro-1967-59044-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 22 nov. 2021.

_____. **Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/l5941.html>. Acesso em: 22 nov. 2021.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), 2019.** Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 20 jan 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na ADPF 347. ADPF nº 347.**

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE. Relator: Ministro Marco Aurélio. 09 de setembro de 2015. Disponível

em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>.

Acesso em: 20 jan. 2022.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1941.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão Cautelar-Dramas, Princípios e Alternativas-Com a Lei 12.403/11**. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOBO, Júlio César Matias; LIMA, Renata Albuquerque. **A prisão cautelar no direito brasileiro: uma ampliação ope iudicis a partir de uma visão da nova hermenêutica constitucional**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 26, n. 142, p. 209-239, abr. 2018. Disponível em:

<http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=143497>. Acesso em: 3 out. 2021.

LOPES JR., Aury Lopes. **Prisões Cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MEMORIAL DA DEMOCRACIA. **Nova Lei Penal Salva O Delegado Fleury**. s. d., s.l. Disponível em: <<http://memorialdademocracia.com.br/card/nova-lei-penal-salva-o-delegado-fleury>>. Acesso em: 22 nov. 2021.

MORO, Sergio Fernando. Subchefia de assuntos parlamentares. **EM nº 00014/2019 MJSP**. Brasília, 2019. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm> Acesso em: 17 jan. 2022.

NUNES, Diego. **Processo legislativo para além do parlamento em Estados**

autoritários: uma análise comparada entre os códigos penais italiano de 1930 e brasileiro de 1940. Sequência (UFSC), v. 37, p. 153-180, 2016.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Regras de Tóquio, 1990.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2021.

____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 07 dez. 2021.

PENTEADO, Fernando Martinho de Barros. **A Lei 13.964/2019 e a prisão processual ex lege no Tribunal do Júri.** Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 29, n. 343, p. 13-15, jun. 2021.