

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

ANTONIO CARLOS DA PONTE

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Antonio Carlos da Ponte; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-332-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) de Artigos denominado “DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II” do III Encontro Virtual do CONPEDI (III EVC), com a temática “Saúde e segurança humana para a sustentabilidade e cidadania”, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), Sociedade Científica do Direito no Brasil, e apoio da UNICURITIBA - Centro Universitário Curitiba, em evento realizado entre os dias 23 e 28 de junho de 2021, de forma telepresencial, com a utilização da Plataforma ConferênciaWeb RNP, tendo em vista o momento mundial de pandemia e isolamento social imposto pelo COVID19.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao Direito material e processual penal, apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de textos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação e graduação, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne uma gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea, todos com olhos e vinculados ao Estado Democrático de Direito.

O primeiro artigo teve como título a “TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE: A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL”, do autor André Eduardo Detzel.

O segundo artigo “SANÇÃO POLÍTICA NA DEFINIÇÃO DE DEVEDOR CONTUMAZ E SUA REPERCUSSÃO NO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: O CASO DA LEI Nº 17.354/2020 DO ESTADO DO CEARÁ” da lavra dos autores Fernando Augusto de Melo Falcão e Leticia Vasconcelos Paraíso.

“RESPONSABILIDADE CARCERÁRIA: O DEVER DE AÇÃO ESTATAL DIANTE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO”, terceiro da coletânea, é o trabalho dos autores Nathan Castelo Branco de Carvalho, Adriel Adrian Gomes e Júlia Santos Alves Prata.

O quarto texto, com o verbete “O PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM FACE DAS ESPECIFICIDADES DO GÊNERO: UMA ANÁLISE DOS HABEAS CORPUS COLETIVOS 165.704 E 143.641”, de autoria de Amanda Castro Machado e Gabriel Salazar Curty.

O quinto texto, da lavra do autor Thales Dyego De Andrade Coelho, é intitulado “O “PACOTE ANTICRIME” (LEI Nº 13.964/2019) E AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS: OXIGENAÇÃO ACUSATÓRIA?”.

No sexto artigo intitulado “O ESPELHAMENTO VIA WHATSAPP WEB E DIREITOS CONSTITUCIONAIS EM RISCO: COMO A LICITUDE DA PROVA É JUSTIFICADA NOS TRIBUNAIS”, de autoria de Bianca Kaini Lazzaretti e Eleonora Jotz Pacheco Fortin.

O sétimo texto da coletânea, da autora Lisiane Junges, aprovado com o verbete “REGISTRO AUDIOVISUAL DO DEPOIMENTO ESPECIAL E PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES”.

“O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO PEÇAS DO MACROSSISTEMA PUNITIVO E A REJEIÇÃO AO BIS IN IDEM” é o título do oitavo texto da coletânea, com autoria de Jean Colbert Dias, Anderson Ferreira e Alexandre Magno Augusto Moreira.

O nono artigo foi denominado “NEGOCIAÇÃO CRIMINAL AMBIENTAL COM VISTAS À SUSTENTABILIDADE” pelos autores Cassio Marocco, Andréa de Almeida Leite Marocco e Duliana de Sousa Lopes Kerber.

No décimo artigo intitulado “MARCOS JURISPRUDENCIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE ESTADO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DE JULGADOS NO CONTEXTO DE (NÃO) AFIRMAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS”, os autores foram Thiago Allisson Cardoso De Jesus e Amanda Passos Ferreira.

O décimo primeiro artigo com o título “DO CRIME DE MAUS-TRATOS CONTRA OS ANIMAIS E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO: ANÁLISE DO SIMBOLISMO PENAL NA CRIAÇÃO DA LEI Nº 14.064 DE 2020”, dos autores Maria Luísa Brasil Gonçalves Ferreira e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro.

O décimo segundo artigo “DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E O SISTEMA CARCERÁRIO: REINCIDÊNCIA CRIMINAL E A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO E DEMAIS AÇÕES DO ESTADO PARA O PROCESSO DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO” da lavra dos autores Eloy Pereira Lemos Junior, Joanes Otávio Gomes e Ronan Angelo De Oliveira Pereira.

“CRIPTOEVASÃO DE DIVISAS: OPERAÇÕES COM CRIPTOATIVOS E O DELITO DO ART. 22 DA LEI Nº 7.492/1986”, décimo terceiro da coletânea, é o trabalho do autor Bruno Felipe de Oliveira e Miranda.

O décimo quarto texto, com o verbete “A SONEGAÇÃO FISCAL COMO CRIME ANTECEDENTE DA LAVAGEM DE DINHEIRO”, de autoria de Manoel Augusto Rocha Rodrigues Elache Coelho e Bruna Azevedo de Castro.

O décimo quinto texto, da lavra do autor Fabiano Justin Cerveira, é intitulado “ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A EXIGÊNCIA DE CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA”.

No décimo sexto artigo intitulado “A UTILIZAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS COMO FORMA DE EVITAR A APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E GARANTIR OS DIREITOS HUMANOS”, de autoria de Priscila Reis Kuhnen, Lenice Kelner e Nicole Tereza Weber.

O décimo sétimo texto da coletânea, dos autores Eduardo Ritt, Caroline Fockink Ritt e Eduardo Fleck de Souza, aprovado com o verbete “A (IN)APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AOS CRIMES CULPOSOS DE TRÂNSITO COM RESULTADO VIOLENTO”.

“A RELATIVIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NOS CASOS QUE ENVOLVEM PEQUENA DIFERENÇA DE IDADE ENTRE VÍTIMA E ACUSADO(A)” é o título do décimo oitavo texto da coletânea, com autoria de Bruna Vidal da Rocha e Dani Rudnicki.

O décimo nono artigo foi denominado “A INTERVENIÊNCIA DO DIREITO PENAL NO CRIME DE TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES E A VULTUOSIDADE DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO FUNDAMENTO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL” pelos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Camila Gomes De Queiroz.

E o vigésimo texto, intitulado “A NORMA PENAL EM BRANCO HETEROGÊNEA: A IMPORTÂNCIA DA COMPLEMENTAÇÃO POR FONTES ESTADUAIS E MUNICIPAIS NA SOCIEDADE DE RISCO”, dos autores Aurora de Alexandre Magno Augusto Moreira e Jean Colbert Dias.

O vigésimo primeiro artigo com o título “A LEI 14.133/2021 E OS CRIMES DE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, do autor José Antonio Remedio.

O vigésimo segundo artigo “A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS PELO DIREITO PENAL NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO” da lavra do autor David Kerber De Aguiar.

“A CRIAÇÃO DE NOVOS TIPOS PENAIIS VIA INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS”, vigésimo terceiro da coletânea, é o trabalho da autora Ana Paula Quadros Guedes Albuquerque.

O vigésimo quarto texto, com o verbete “ANÁLISE DA CULPABILIDADE NO HOMICÍDIO QUALIFICADO”, de autoria de Ronaldo David Guimaraes.

O vigésimo quinto texto, da lavra das autoras Kátia Alessandra Pastori Terrin e Janaina Braga Norte, é intitulado “AS SANÇÕES E A DOSIMETRIA DA PENA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA”.

No vigésimo sexto artigo, e último, intitulado “DIREITO COMPARADO: AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA BRASILEIRA E PRIMEIRO INTERROGATÓRIO PORTUGUÊS”, de autoria de Catarini Vezetiv Cupolillo, Sandra Negri e Carlos Eduardo Freitas de Souza.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade na busca por direitos e garantias fundamentais na esfera criminal. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito material e processual penal contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema brasileiro e internacional.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca

da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

02 de julho de 2021.

Professor Dr. Antônio Carlos da Ponte

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade Nove de Julho

acdaponte@uol.com.br

Professor Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Escola Superior Dom Helder Câmara

lgribeirobh@gmail.com

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coordenador e Docente Permanente do PPGD e do PPGMCult da Universidade FUMEC e do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

sergiohzhf@fumec.br

O “PACOTE ANTICRIME” (LEI Nº 13.964/2019) E AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS: OXIGENAÇÃO ACUSATÓRIA?

THE "ANTICRIME PACKAGE" (LAW 13964/2019) AND PRECAUTIONARY MEASURES: ADVERSARIAL OXYGENATION?

Thales Dyego De Andrade Coelho

Resumo

O artigo analisa as alterações trazidas pelo "Pacote Anticrime" (Lei n.º 13.964/2019) na tutela das medidas cautelares criminais, especialmente no que diz respeito à prisão preventiva. Não obstante a sua natureza preponderantemente inquisitória, o "Pacote Anticrime" promoveu considerável oxigenação acusatória no tratamento da prisão preventiva no Brasil, seja da reafirmação de sua natureza cautelar à exigência de fundamentação concreta detalhada quando da prolação de decisões judiciais. Tais questões são abordadas no presente trabalho que analisa, ao final, os possíveis impactos positivos no sistema carcerário brasileiro e maranhense, caso a lei realmente venha a ter efetividade.

Palavras-chave: Pacote anticrime, Medidas cautelares penais, Medidas cautelares pessoais, Prisão preventiva

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the changes brought about by the "Anticrime Package" (Law No. 13.964 /2019) in the criminal precautionary measures, especially with regard to pre-trial detention. Nevertheless its predominantly inquisitive nature, the "Anticrime Package" promoted considerable accusatory oxygenation in the treatment of agonizing normative system regarding the pre-trial detention in Brazil, whether from the reaffirmation of its precautionary nature to the requirement of detailed concrete reasoning when making judicial decisions. Such issues are addressed in the present work, which analyzes, at the end, the possible positive impacts on the Brazilian and Maranhão prison system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Anti-crime package, Criminal procedure, Criminal precautionary measures, Precautionary arrest

1 INTRODUÇÃO

Escrita em 1764, *Dei delitti e delle pene* é considerada a pedra de toque do Iluminismo Penal e a *Magnum opus* de Cesare Beccaria. Nela, Beccaria estabelece um conjunto de princípios que alicerçam o edifício penal moderno. Não à toa, “Dos delitos e das penas” ganhou *status* de tratado contra a arbitrariedade e a favor do reconhecimento dos indivíduos na condição de sujeitos de direitos, mesmo em situações limítrofes e de intensa reação social (BECCARIA, 2013).

O direito penal iluminista era, portanto, voltado à proteção do indivíduo contra os arbútrios dos soberanos, à proteção da liberdade e uma tentativa de racionalização da punição – que passa a ser vista como sanção e não mera vingança. Nesse contexto, o “direito penal liberal” tem como *standard* a legalidade, pela qual o Estado somente pode intervir na liberdade do indivíduo quando houver uma lei anterior, escrita, certa e determinada trazendo tal possibilidade, e de subsidiariedade, que dá a tal intervenção o status de *ultima ratio*, isto é, a sanção penal somente é aplicável se o Direito não possuir outra resposta suficiente e proporcional às lesões já perpetradas contra bens jurídicos reputados como dos mais valiosos.

Paradoxalmente, com o avançar do tempo, vê-se cada vez mais uma dinâmica oposta no cotidiano penal, pois, outrora concebido como “derradeira trincheira no combate aos comportamentos indesejados, aplicando-se de forma subsidiária e racional à preservação daqueles bens de maior significação e relevo” (CUNHA, 2016, p. 70), atualmente tem-se um direito penal administrativizado (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 148), de *prima* ou *sola ratio* (HASSEMER, 2003, p. 145), não norteado por ideais de certeza, determinação e legalidade, mas ampliado, indeterminado para abarcar a fluidez dos tempos atuais e voltado para o futuro, norteado por pretensa ideia de prevenção.

Percebe-se, por exemplo, a proliferação de tipos penais que tutelam não só indivíduo, mas o próprio Estado (crimes vagos), bem como a antecipação do momento punitivo: antes possível somente com a lesão/risco concreto de lesão; hoje suficiente o “perigo abstrato”. A tal contexto, soma-se o uso simbólico do direito penal, isto é, como instrumento de política, função alheia àquela que ensejou sua criação — de proteção do indivíduo — e para a qual possui duvidosa efetividade.

Tal fenômeno atinge tanto o direito penal material, como o processual. Neste, percebe-se indesejável interferência do utilitarismo, objetivando um processo rápido, barato e de viés punitivo-pedagógico acentuado, culminando na flexibilização de garantias processuais basilares. Há ainda acentuado prisma inquisitivo nas investigações, gradativamente conduzidas com o uso de meios secretos de obtenção de prova, invasivos e temporalmente dilatados; justiça

negociada e abdicação do direito de defesa e, por fim, perversão no uso das prisões cautelares, que passam a ter finalidades estranhas à sua própria natureza jurídica. O mau uso da prisão preventiva é dos principais problemas da atualidade, pois tal modalidade excepcionalíssima de tutela cautelar vem sendo utilizada como aplicação de pena antecipada, inclusive com inconstitucionais prisões *ex officio*.

Com efeito, pelo menos no discurso legislativo, percebeu-se certa evolução desde o advento da Constituição, que passou a ser “o topos hermenêutico” (STRECK, 2005, p. 245-246) de todo o sistema jurídico, inclusive do CPP, notoriamente de raízes inquisitórias, pois inspirado no *Codice Rocco*, da Itália de Mussolini. A própria Lei nº 12.403/2011 representou importante evolução, pois rompeu com a “mediocre dicotomia” (BOTTINI, 2013, p. 265) anterior, na qual o Juiz, sem poder geral de cautela na seara penal, tinha de decidir entre extremos opostos: liberdade provisória ou prisão cautelar.

É nesse tumultuado contexto que emerge, como Jano – deus romano que possuía duas faces, uma olhando para frente e outra para trás –, a Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, que embora traga medidas recrudescentes de constitucionalidade duvidosa, possui importantes traços acusatórios, especialmente no que tange ao tratamento das cautelares de natureza pessoal.

A análise de tais traços é premente, pois relevante parcela da população carcerária brasileira é de presos provisórios e as mudanças efetivadas na dinâmica de decretação de prisões cautelares, acaso postas em prática, terão impactos relevantes no sistema carcerário, especialmente ao fomentar uma cultura que vislumbre alternativas penais ao cárcere, e ao reconhecer *in concreto* a titularidade de um conjunto de direitos fundamentais pelos destinatários do *ius puniendi*, materializando o quanto disposto pelo sistema interamericano de proteção aos direitos humanos (CORTEIDH, 2019).

2 TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL: PREMISSAS BASILARES

Como dito, por ser da década de 1940, de feição inquisitorial e anterior à CF, há relevante dificuldade na aplicação *in concreto* do *codex* processual brasileiro, especialmente no que tange à materialização de garantias dos acusados, pois com o decurso de considerável lapso temporal, a construção jurisprudencial e o advento de inúmeras leis que vieram a alterar o CPP, transformaram o sistema processual penal brasileiro em uma colcha de retalhos, razão pela qual, antes de se perscrutar as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019, é necessário se expor o atual “estado da arte” das cautelares no processo penal, notadamente as de natureza pessoal.

2.1 Aspectos gerais das tutelas cautelares penais

O crime marca o meio social ao atingir os interesses mais relevantes em determinado grupo, gerando uma natural reação social que não pode ser norteadada por aspectos emocionais, sob o risco de se ter mera vingança. Daí surge a necessidade tanto de se prevenir novos crimes, como de se ter uma resposta racionalizada do sistema, caso ocorra. É nessa dialética de implicação-polaridade-complementaridade (REALE, 2001, p. 62) que a norma penal é criada, racionalizando a reação, que se transforma em sanção.

Como lembra Aury Lopes Júnior (2016, p.241), “o direito retira a questão do âmbito social em que aparece cravada e cria, no lugar da figura sociológica que suscita o problema, uma forma jurídica específica que pretende refletir aquela”. Assim, concebendo-se o processo penal como um instrumento neutro de jurisdição, cujo objeto é uma pretensão jurídica e função da satisfação jurídica de tal pretensão (GUASP, 1996), tem-se, de um lado, a pretensão acusatória, fundamentada no *ius puniendi in abstracto* e, de outro, a satisfação da resistência, fundamentada no direito à liberdade.

Ocorre que, como a liberdade é valor fundante do ordenamento, termina por gozar de prevalência em um juízo de ponderação com o direito de punir, razão pela qual, apesar de neutro, o processo deve seguir conforme um conjunto de postulados que sedimenta a proteção ao indivíduo e, *in concreto*, essa necessidade de conformidade traz cronologicamente certa demora para o seu completo deslinde. É nesse contexto que a tutela cautelar emerge, pois o retardo cronológico pode comprometer a efetividade da jurisdição em certas situações, sendo as cautelares instrumentos efetivos para a garantia de que o processo atingirá sua função principal, independentemente da demora.

Como na clássica lição de Calamandrei (1936, p. 19), não fosse assim, correr-se-ia o risco de se ter um remédio cuja demora no preparo foi tamanha que somente ficou pronto quando o doente já estava morto.

Mas esse atraso indispensável para o cumprimento do procedimento processual ordinário corre o risco de tornar a disposição definitiva praticamente ineficaz, o que parece destinado, por uma questão de perfeição, a chegar tarde demais, como remédios longamente elaborados para um doente já morto.¹

É esse o *locus* da tutela cautelar na engrenagem processual penal e, dada a problemática conjuntura normativa já destacada alhures no que tange à sistematização normativa processual penal brasileira, pode-se apontar – espalhadas topograficamente pelo CPP

¹ Tradução livre de: “Ma questa mora indispensabile al cumplimiento dell’ordinario iter processuale, rischia di rendere praticamente inefficace il provvedimento definitivo, il quale par destinato, per amor di perfezione, a giunger troppo tardi, come la medicina lungamente elaborata per um ammalato già morto.” (CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Pádova: Cedam, 1936, p. 19)

– a existência de medidas cautelares patrimoniais, medidas atinentes à prova e cautelares de natureza pessoal. Por isso, necessários certos esclarecimentos.

2.2 Das medidas cautelares patrimoniais

Como toda cautelar, as medidas de natureza patrimonial, chamadas de “medidas assecuratórias” no CPP², objetivam garantir a efetividade da jurisdição, o que, em regra, traduz-se na garantia de adimplemento dos efeitos secundários extrapenais genéricos (art. 91, do CP) da eventual sentença condenatória — buscam obstaculizar o enriquecimento ilícito, dificultando eventual gozo de frutos pecuniários do crime.

Tais medidas cumprem importante papel no combate à criminalidade organizada, eis que a recuperação de ativos ilícitos é pressuposto para o dismantelamento de organizações criminosas que não sofreriam abalos em suas estruturas com a mera imposição de pena a seus membros, substituíveis no *corpus* organizacional.

Mesmo de natureza patrimonial, sujeitam-se à reserva de jurisdição, por imposição expressa do devido processo legal substantivo, afinal “ninguém será privado de seus bens [...] sem o devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV, da CF). De tal dispositivo, importante discussão doutrinária fora candentemente travada: a possibilidade de decretação – ou não – de medida cautelar de ofício pelo Magistrado. Embora a atuação *ex officio* afronte o sistema acusatório, dando ao juiz um papel de protagonista incompatível com a função de “garante das regras do jogo” (LIMA, 2014, p. 46), somente em 2011, com a Lei nº 12.403, solapou-se de vez essa possibilidade em fase investigatória (pré-processual), remanescendo, no entanto, até 2019, com a Lei nº 13.964 (“Pacote Anticrime”), tal possibilidade em fase processual.

Para além da jurisdicionalidade, as cautelares patrimoniais submetem-se obrigatoriamente à análise dos pressupostos do *fumus boni iuris* – indícios suficientes de autoria e materialidade, que menciona acerca da necessidade de “indícios veementes da proveniência ilícita dos bens” para o sequestro (art. 126, do CPP) – e do *periculum libertatis* – risco que a demora na prestação torne o processo inócuo para fins de materialização dos efeitos extrapenais genéricos de eventual condenação.

Quanto às medidas assecuratórias previstas no CPP, destacam-se o sequestro, o arresto e a hipoteca legal.

O sequestro é medida relacionada a interesse público, cuja função é garantir que, em caso de sentença condenatória na qual seja decretado o perdimento de bens (art. 91, II, do CP),

² Título VI, Capítulo VI do Código de Processo Penal brasileiro.

este não restaria inócuo. Objetiva impedir ou diminuir a vantagem econômica auferida pelo agente em virtude do crime, atingindo seus instrumentos, o produto ou qualquer bem ou valor que constitua proveito eventualmente auferido. Da sua natureza pública – o perdimento reverte em favor da União –, deflui a ampla legitimidade ativa, podendo ser decretado a requerimento do MP, da vítima, da autoridade policial ou *ex officio* pelo juiz, hipótese esta caso o processo já esteja em curso. Em regra, dá-se sobre imóveis, podendo recair sobre móveis caso inviável a cautelar de busca e apreensão (art. 132, do CPP).

O arresto é medida assecuratória relacionada a interesse privado e busca garantir o efeito extrapenal de “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime” (art. 91, I, do CP). Diversamente do sequestro, o interesse resguardado não é da União, mas do ofendido ou de seus sucessores. Pode recair sobre bens imóveis (“arresto preventivo”) ou móveis.

Quanto à hipoteca, é direito real de garantia cuja finalidade é assegurar obrigações patrimoniais, gravando determinado bem, sem que se proceda à sua transferência para o credor. Pode ser judicial, convencional ou, excepcionalmente, legal. *In casu*, uma dessas excepcionalidades para a qual o CC³ expressamente estabelece a hipoteca [legal] é justamente para o ofendido sobre os imóveis do autor do delito.

Em virtude dessa medida assecuratória ser *ex vi lege*, o que ocorre *in concreto* no bojo do processo é tão somente a especialização e o registro sobre imóveis do acusado, e não a hipoteca em si, razão pela qual a doutrina prefere utilizar para tal medida assecuratória a nomenclatura “especialização e inscrição de hipoteca legal de bem imóvel”.

Derradeiramente, não se pode olvidar a menção a outras medidas previstas na legislação penal complementar, como a alienação antecipada (art. 61, §1º, da Lei nº 11.343/06 — Lei de Drogas — e também no art. 4º, §1º, da Lei nº 9.613/98 — Lei de Lavagem de Capitais), consistindo na venda antecipada de bens do acusado apreendidos, desde que se demonstre o nexo de instrumentalidade entre os bens e os delitos supostamente perpetrados.

2.3 Das medidas cautelares probatórias

As cautelares probatórias visam evitar uma frustração probatória, tendo por desiderato conservar a fonte de prova para ingresso no momento processual oportuno. Não obstante tal conceito, no Brasil trata-se como equivalentes os conceitos de medidas cautelares probatórias e de meios de obtenção de prova (*mezzo di ricerca della prova*, do direito italiano).

³ Art. 1.489, inciso III, do Código Civil: “A lei confere hipoteca: III – ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais;”

No CPP, a única cautelar probatória prevista é a busca e apreensão. E, mesmo assim, é medida híbrida (MENDES, 2020, p. 130), com natureza dúplice: de um lado cautelar; de outro, meio de obtenção de prova.

Parte da doutrina também aponta como cautelar probatória prevista no CPP o depoimento *ad perpetuam rei memoriam* (art. 225), não obstante tratar-se de verdadeira prova antecipada, produzida sob o contraditório (“real”), embora em momento heterodoxo. Neste caso, não há conservação de fonte de prova, mas antecipação de produção da prova em si.

Com efeito, a evolução da atividade policial, a defasagem legislativa e a crescente onda punitiva, representada pelas grandes operações policiais, tornaram mais candente a discussão em torno da natureza jurídica de institutos como a interceptação telefônica, colaboração premiada, infiltração de agentes e recolhimento de material genético, gerando uma infinidade de nomenclaturas: cautelares probatórias, meios de obtenção de prova, técnicas especiais de investigação. Enfim, uma indesejável miscelânea. Por isso, mister diferenciar-se tais conceitos.

Ab initio, destaca-se que “prova cautelar não se refere ao resultado produzido a partir da execução de *meios de investigação de prova*” (MENDES, 2020, p. 130), pois os meios de obtenção de prova ou “*meios de investigação de prova* [...] são meios de investigação. Servem para identificação de *fontes* de prova.” (MENDES, 2020, p. 131). Logo, trata-se de uma diligência, não tendo “capacidade de conservar cautelarmente nenhuma *fonte* de prova, mas identificá-la como tal e assim tornar possível que as partes processuais lancem mão de *meios* [...] para as produzir como prova.” (MENDES, 2020, p. 131).

Por tal, a nomenclatura “meios de investigação de prova” é mais precisa, pois o seu objetivo não é obter a prova em si, mas identificar a fonte da qual emanará. Lembre-se que prova pressupõe contraditório e, obviamente, uma fonte. A função do instrumento ora em estudo é justamente a de desnudar tal fonte. Nesse sentido, *ad argumentandum tantum*, seria mais preciso falar-se em “meio de obtenção de fonte de prova”.

Isto posto, o contraditório efetivo é alicerce do sistema acusatório e não há como pugnar pela existência de uma prova sem contraditório sobre determinado elemento fático. Destarte, incorreto o uso da terminologia “prova cautelar” para se referir ao elemento fático resultante de uma diligência policial. Logo, este elemento somente pode ser denominado como “fonte de prova”. Posteriormente, no curso do processo, já sob o manto do contraditório (real), esta “fonte de prova” – cautelarmente guardada – é inserida na dialética processual por um “meio de prova” (v.g. documental) e, após a participação efetiva de ambas as partes, dela extrai-se a “prova cautelar”. Isto é: a prova extraída de uma fonte cautelarmente recolhida. Em suma,

a cautelar probatória objetiva conservar a fonte de prova para que, em momento oportuno, extraia-se a prova sob contraditório. Já o meio de investigação de prova tem por objetivo somente identificar fontes de prova, não as conservando.

Disso se vê a teratologia consistente no inadequado tratamento jurídico da interceptação telefônica no Brasil, pois, se somente se pode falar em prova com contraditório, da interceptação não se extrai nenhuma prova. Por isso, de uma conversa interceptada, por respeito ao contraditório e ao *nemo tenetur se detegere*, a única possibilidade constitucionalmente plausível seria a identificação dos interlocutores para que, posteriormente, servissem no processo como fonte de prova testemunhal. Veja que a interceptação "não conserva os interlocutores", como uma cautelar os faz com as fontes de prova, mas somente os identifica como possíveis origens de elementos probatórios. Assim, é meio de investigação/obtenção de prova e não uma cautelar probatória. Pelos mesmos motivos, a colaboração premiada e a infiltração de agentes.

Quanto à busca e apreensão, tem-se situação especial: quanto à busca em si, trata-se de meio de investigação de prova que identifica as fontes, enquanto que a apreensão da fonte em si já é a verdadeira cautelar probatória cujo objetivo é resguardar tal fonte para uso futuro. Importante ressaltar que é possível que exista uma busca sem apreensão. É o caso da diligência policial feita na qual não se encontra nenhum objeto que interesse ao processo. *In casu*, ter-se-ia mero meio de investigação de prova. Por outro lado, também possível apreensão sem busca, caso em que o investigado, de *sponte propria*, entrega documento ou objeto em sede policial. Há a apreensão sem busca, tendo-se somente medida cautelar probatória (LOPES JR, 2019).

Considerada em conjunto, a busca e apreensão é, portanto, medida híbrida, sendo a busca, isoladamente, um meio de investigação de prova (meio de obtenção de prova), medida puramente instrumental (HINOJOSA SEGOVIA, 1996, p. 49), enquanto que a apreensão é propriamente uma cautelar probatória (BASTOS PITOMBO, 2005, p. 102). Observe-se que, mesmo em situações de encontro fortuito de prova (serendipidade), tal hibridez somente se dá na execução conjunta das medidas, pois a busca irá somente identificar elementos de prova – ainda que não originalmente previstos no mandado, não tendo como acautelar propriamente nenhum elemento — e, o instrumento que irá acautelar tais elementos, ainda que fortuitamente encontrados, é o da apreensão que, por sua vez, não tem o condão de nada identificar, mas somente de acautelar, guardar, apreender. Por isso, em conjunto, tais medidas agem de forma híbrida: ora identificando fontes de prova – e por isso emergem como meios de investigação de prova, ora acautelando o que fora eventualmente encontrado – aqui emergindo como pura cautelar probatória.

Igualmente, pode-se também apontar como cautelar probatória a coleta de material biológico (art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 12.037/2009), pois o material recolhido (fonte de prova) fica literalmente guardado, acautelado, para caso se torne necessário para assegurar o provimento final do processo – seja condenatório ou absolutório.

Percebe-se, portanto, que o contexto teórico das cautelares probatórias no Brasil é problemático, situação que se complica ainda mais no que diz respeito às cautelares pessoais.

2.4 Das medidas cautelares de natureza pessoal

As cautelares de natureza pessoal consubstanciam o ponto de debate mais sensível no que diz respeito à proteção da pessoa humana no sistema de justiça criminal brasileiro. O art. 5º, inciso LVII, da CF (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”) estabelece a presunção de inocência como base de todo o sistema penal, conseqüência filosófica da máxima de Montesquieu “quando a inocência dos cidadãos não está garantida, a liberdade também não o está” (MONTESQUIEU, 2000, p. 198).

Do postulado que exige tratamento como inocente deriva que, em regra, o sujeito responde o processo em liberdade. “Em suma, a presunção de inocência impõe um verdadeiro *dever de tratamento* (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele” (LOPES JR, 2019).

As prisões preventivas como medidas de *extrema ratio* são consequência lógica da presunção de inocência na sua dimensão interna ao processo, já que seria contraditório garantir-se tratamento de inocente até a condenação final, permitindo livremente prisões anteriores a tal momento. Assim, as cautelares pessoais são medidas de cunho excepcionalíssimo, somente podendo ser decretadas para a garantia da tutela do processo — como toda cautelar, aliás.

Nesse contexto, a restrição pré-condenação da liberdade de ir e vir somente se justifica se houver *fumus commissi delicti* (indícios de autoria e materialidade de um delito) e *periculum libertatis* (liberdade do sujeito traz risco ao deslinde do processo). Não se fala em *fumus boni iuris*, já que não se pode considerar que a ocorrência de um delito seja o “bom direito”, tampouco *periculum in mora*, pois o risco não deriva do tempo, mas da liberdade do indivíduo.

Igualmente, embora a realidade normativa do código de processo seja diversa, o *periculum libertatis* significa a existência de elevado risco para o desenvolvimento do processo, seja em virtude da fuga do indivíduo – situação em que a função punitiva restaria frustrada, seja em virtude do risco de destruição da prova, derivado da sua conduta enquanto sujeito livre. E só. O risco de reiteração delitiva ou situação de grave comoção social não poderiam

fundamentar prisões cautelares, pois esta tem por função garantir a efetividade do processo em si, função instrumental, não sendo medida de segurança pública ou política criminal.

Entende-se, assim, que a previsão da prisão cautelar com fundamento na “garantia da ordem pública” ou “da ordem econômica” (art. 312 do CPP) não estão em conformidade com a Constituição e, por isso, não poderiam ter sido consideradas recepcionadas.

A reserva legal também norteia a dinâmica das cautelares. Antes do advento da Lei nº 12.403/2011, no sistema cautelar brasileiro somente havia a possibilidade de conceder a liberdade provisória (plena) ou de decretar a prisão cautelar. "Era a prisão ou nada" (BOTTINI, 2013). O magistrado, sem poder geral de cautela no âmbito criminal, somente poderia seguir determinação expressa da lei. Logo, malferia-se a proporcionalidade em diversos casos. Após 2011, o sistema binário deu lugar à possibilidade de cautelares diversas da prisão, hoje previstas no art. 319 do CPP e que buscam corrigir as distorções de outrora.

No processo penal, não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder (LOPES JR, 2019).

Logo, caso aja *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, o juiz pode decretar, para além da prisão preventiva, única e exclusivamente as medidas previstas nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal, sem possibilidade de analogia. Igualmente, por consistirem em limitações à liberdade de locomoção, devem sempre advir de decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF e 315, do CPP), motivo pelo qual a prisão em flagrante não possui natureza cautelar, sendo medida pré-cautelar e não judicial, submetida a posterior homologação judicial, convertendo-se ou não em medida cautelar pessoal.

Assim sendo, as cautelares não são substitutos de pena. Uma vez cessando os motivos que ensejaram a sua decretação, deve ser imediatamente restituída a liberdade plena do sujeito. Ademais, pois decretadas com a finalidade de resguardar o cumprimento efetivo da sentença, as prisões preventivas não possuem prazo pré-estabelecido, sendo vinculadas de forma *rebus sic stantibus* à existência do *fumus comissi delicti* e ao *periculum libertatis*.

Embora tal indeterminação esteja ligada à natureza da medida, em um país de tradição criminal inquisitória, não se pode deixar de perceber que a prisão preventiva é objeto de recorrentes abusos. Veja-se que o art. 400 do CPP prevê a realização da audiência de instrução e julgamento em, no máximo, sessenta dias no procedimento comum ordinário; o art. 412,

noventa dias para o procedimento do júri e o art. 531, trinta dias para o procedimento sumário, podendo tais prazos, em tese, serem usados parâmetro para mensuração de eventual excesso. Mas, como adverte Aury Lopes Jr (2019), “são prazos sem sanção, logo, com um grande risco de ineficácia” e, além disso, a prática jurisprudencial permanece endossando práticas punitivas, sendo exemplo a lamentável súmula 52 do STJ, que prevê que “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”.

Ressalte-se ainda que, o art. 282, §6º do CPP, previu literalmente a já falada excepcionalidade da prisão preventiva, impondo que a mesma somente será cabível se não for suficiente a sua substituição por outra medida, disso defluindo que a prisão é excepcionalíssima. Regra: indivíduo responde o processo em liberdade plena; Exceção: com liberdade restrita, tendo contra si imposta medida cautelar diversa da prisão; Excepcionalíssimamente: liberdade cautelarmente privada.

Posto não ser objeto do presente trabalho o aprofundamento teórico nas minúcias de cada uma das cautelares, as premissas basilares ora estabelecidas foram suficientes à compreensão dos impactos do pacote anticrime.

3 OS PRINCIPAIS IMPACTOS DO “PACOTE ANTICRIME” (LEI Nº 13.964) SOBRE A TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL

Publicada na véspera de natal com *vacatio legis* de trinta dias, a Lei n.º 13.964/2019 modificou o CP, o CPP, a LEP e outras diversas leis criminais, pelo que se entende curto o seu período de *vacatio*, bem como sem profundidade adequada nos debates ocorridos no seu processo legiferante, mormente porque atingidas diversas liberdades fundamentais.

O “Pacote Moro”⁴ não possui identidade processual específica, justapondo medidas de diversos sistemas, v. g., condensando a Itália da “*Mani Pulite*” e o *plea bargain* norte-americano, este corretamente excluído do texto final. No geral, as alterações nas cautelares trouxeram, em tese, oxigenação acusatória (MORAIS DA ROSA, 2011, p. 15), o que torna necessário analisar-se, artigo por artigo, tais alterações.

3.1 Alterações no art. 282: reforço principiológico nas cautelares pessoais

⁴ Referência ao então Ministro da Justiça Sérgio Moro.

Com redação alterada em 2011, o art. 282 do CPP condensa o núcleo principiológico das cautelares pessoais no Brasil. As mudanças trazidas pela lei foram positivas, suplantando-se lapsos remanescentes das alterações anteriores.

Primeiramente, quanto ao art. 282, §2º, antes da Lei nº 12.403/2011, candente era a discussão acerca da possibilidade de decretação das cautelares *ex officio* pelo juiz na fase investigatória. Após 2011, tal debate arrefeceu, pois o §2º passara a prever tal formato somente no curso do processo. Com o advento da Lei nº 13.964/2019, finalmente adotou-se uma dinâmica acusatória, tirando protagonismo do magistrado e condicionando a decretação das medidas cautelares pessoais, em qualquer momento da persecução penal, à provocação pelas partes, não podendo mais o magistrado decretá-las de ofício. A intenção do legislador foi clara nesse sentido, tendo removido a expressão “de ofício” também do §4º do mesmo artigo, que previa a conversão das cautelares diversas da prisão em prisão cautelar, ainda que sem provocação das partes, em caso de descumprimento das condições impostas. Hoje, com a nova redação, tal possibilidade somente é deferida ao magistrado mediante requerimento do *Parquet*, assistente de acusação ou querelante, reconhecendo-se legislativamente no magistrado a posição subsidiária de garante das regras do jogo.

Já no art. 282, §3º tornou obrigatória a observância do contraditório nas cautelares, com a intimação do sujeito passivo da medida após eventual requerimento da acusação. Desse modo, o estabelecimento de uma cautelar de natureza pessoal *inaudita altera pars*, somente será possível caso haja elementos concretos que justifiquem a sua excepcionalidade.

Destaque-se também a alteração no §5º: possibilidade de revogação *ex officio* da medida se não houver mais motivos para que subsista; e no §6º: a subsidiariedade da prisão (trazida desde 2011) foi reforçada com a necessidade de fundamentação em elementos concretos, pelo magistrado, do não cabimento de medida diversa.

3.2 Alterações no art. 310: prisão automática?

Embora o art. 310 do CPP disponha acerca do tratamento da prisão em flagrante, o seu tratamento neste momento termina por ser imprescindível, pois algumas alterações perpetradas relacionam-se diretamente às cautelares, como a primeira vez em que se previu a audiência de custódia num instrumento legal.

A audiência de custódia não somente não possuía previsão em lei, mas tinha a sua própria constitucionalidade questionada, mesmo diante da previsão constante do art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH (“Pacto de São José da Costa Rica”), pela qual “*toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à*

presença de um juiz” – dispositivo com status supralegal e do qual derivavam as Resoluções nº 213 e 268 do CNJ, então regulamentadoras do instituto no Brasil.

Com efeito, se o “pacote anticrime” materializa o sistema acusatório ao trazer a previsão expressa da audiência de custódia com o importante consectário de reconhecer a ilegalidade da prisão em flagrante caso transcorridas vinte e quatro horas da prisão em flagrante sem a realização da audiência (art. 310, §4º, do CPP), de outro, grassa a inconstitucionalidade das alterações legislativas quando se verifica a previsão do art. 310, §2º, do CPP.

Prevê tal dispositivo que, caso o magistrado verifique a reincidência do agente ou que o mesmo integra organização criminosa armada ou milícia, ou porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória. Isto é: hipótese de prisão automática *ex vi lege*, sem espaço de análise meritória por parte do magistrado. Caso o sujeito esteja em uma das três situações, permanecerá preso. Tem-se o retorno de figura assemelhada àquela outrora prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), que proibia a liberdade provisória ao indivíduo preso por tráfico ilícito de entorpecentes, e que fora reputada inconstitucional pelo STF no HC nº 104.339/SP, bem como àquela prevista no art. 21 da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), reputado inconstitucional na ADI 3112.

O novo art. 310, §2º do CPP é inconstitucional por vilipendiar o próprio art. 93, IX da CF, que prevê a necessidade de fundamentação e motivação de toda e qualquer decisão. A esse respeito, no supramencionado HC 104.339/SP, o Supremo reputou expressamente a necessidade de que a prisão cautelar se funde em elementos concretos a serem analisados caso a caso, sempre norteadas pela regra da subsidiariedade já exposta alhures.

No formato criado, o art. 310, §2º é prisão automática, pois veda a análise judicial *in concreto* sobre a concessão da liberdade, invertendo a lógica processual penal (da presunção de inocência) e transformando uma medida de *extrema ratio* em uma medida de *prima ratio*. Trata-se de retrocesso quanto à materialização de garantias, afrontando não só precedentes do Supremo, mas do próprio Legislativo, dado que o Congresso Nacional, pela Lei nº 11.464/07, revogou dispositivo assemelhado, previsto na Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos).

Por derradeiro, importante mencionar que, em 22 de janeiro de 2020, o Ministro Luiz Fux suspendeu, em medida cautelar na ADI 6298, a eficácia do art. 310, §4º, do CPP, ao argumento de que a norma feria a razoabilidade, desconsiderando dificuldades locais e logísticas de várias regiões do país. Isto é, na suspensão por tempo indeterminado – até o julgamento definitivo do mérito da ADI – o Ministro privilegiou razões econômicas em detrimento da liberdade de ir e vir, concretizando um utilitarismo que rememora a indagação acerca de qual seria o valor monetário da vida (SANDEL, 2015).

3.3 Alterações nos arts. 311 a 316: uma nova prisão preventiva

A lei anticrime trouxe um novo regime normativo para a prisão preventiva no Brasil. Porém, num contexto histórico no qual as exceções costumam virar regra desde sua criação (BARROSO, 1998), por mais que se perceba certa oxigenação acusatória, há diversas lacunas ainda para a decretação de prisões sem contraditório e mesmo, como dito, prisões automáticas.

Esse novo regime se caracteriza pela alteração de diversos pontos nucleares relacionados à prisão, como, por exemplo, a já dita impossibilidade de prisão *ex officio* (art. 311 do CPP), medida salutar para garantir a imparcialidade do juízo e, conseqüentemente, a maior legitimidade do provimento jurisdicional. Igualmente, também alterados os artigos 312 (fundamentos da prisão preventiva) e 313 (hipóteses de cabimento).

Quanto ao art. 312, passa-se a exigir expressamente a justificação do *periculum libertatis* com o acréscimo, no *caput*, da expressão "e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado", não mais bastando a mera referência ao resguardo à ordem pública, econômica, instrução criminal ou aplicação da lei penal, mas apontamento de elementos concretos dos autos. Inclusive, tal correlação com elementos concretos é ratificada no §2º do mesmo dispositivo: "em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada."

Quanto ao art. 313, *caput*, não houve grandes alterações quando em comparação com a Lei n.º 12.403/11, mas, incluiu-se o parágrafo segundo que, refletindo a jurisprudência dominante (v.g. STF, HC n.º 115.613), expôs de forma clara que a preventiva não possui caráter de antecipação de pena, tampouco pode ser decretada como decorrência imediata de nova investigação criminal ou denúncia, dispositivo que reforça a natureza jurídica cautelar da prisão, cuja função é tão somente resguardar o processo, assegurando o seu provimento final.

In concreto, vê-se maior reforço na regulamentação infraconstitucional do art. 93, IX, da CF (dever de motivação e fundamentação das decisões judiciais), preocupação do legislador já demonstrada anteriormente na Lei n.º 12.403/11, especialmente pela anterior redação do art. 315 do CPP ("A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada").

Com efeito, a lei das cautelares de 2011, não obstante sua redação legislativa clara em diversos pontos, especialmente quanto à motivação das decisões, padeceu de efetividade, na medida em que são comuns, no dia-a-dia dos tribunais, decisões genéricas que não abordem as especificidades dos casos concretos. É este um dos motivos, inclusive, que ensejou o legislador a restringir as possibilidades interpretativas na decretação de cautelares no pacote anticrime.

Ressalte-se que, em uma democracia consolidada e que observasse plenamente as garantias processuais do acusado, tais previsões seriam desnecessárias, posto que o legislador necessitou elencar um rol de hipóteses exemplificativas do que seria uma fundamentação inadequada, o que somente ocorreu tamanha a quantidade de decisões equivocadas prolatadas país afora.

Não obstante necessária, tal técnica legislativa não é adequada, posto sinalizar desconfiança do Legislativo com o Judiciário. Situação similar, nesse mesmo contexto do pacote anticrime, é a do chamado "juiz das garantias", figura criada para atuar na fase pré-processual, cuja função é observar o respeito às garantias individuais do investigado e, como tem contato com elementos de convicção antes do processo, não pode julgá-lo, pois teria sua imparcialidade comprometida. A similaridade das situações encontra guarida no seguinte questionamento: a atividade judicial, num sistema acusatório, já não seria de per si uma atividade cujo desiderato principal era a observância das garantias? Todo juiz já não deveria ser um juiz de garantias?⁵

Diversas alterações perpetradas pela lei anticrime seguem essa mesma dinâmica: são produto direto do déficit de efetividade de normas anteriores, caso do "novo velho" art. 315, consequência direta de decisões judiciais mal fundamentadas. Em suma, acaso os dispositivos anteriores tivessem adequada efetividade, toda essa alteração seria praticamente desnecessária.

Ora, em uma democracia constitucional é necessário afirmar-se que decisões criminais devem ser bem fundamentadas? A fundamentação correta, precisa e a imparcialidade não seriam pressupostos da própria democracia constitucional? Com efeito, na realidade brasileira, o dispositivo parece necessário.

Seguindo as mudanças, o novo art. 316 do código de processo passa a reconhecer que o processo penal serve à proteção do indivíduo e não à garantia do *ius puniendi* eficaz com a possibilidade de revogação *ex officio* da prisão preventiva pelo juiz, bem como a necessidade de sua revisão a cada noventa dias.⁶

A revisão periódica da prisão, mormente porque decretada sob a cláusula *rebus sic stantibus*, é deveras importante, pois apesar de haver prazo de duração para vários

⁵ Essa importante reflexão é de autoria do Prof. Lênio Streck, que a expôs na sua rede social *Twitter*: "Simples. **O JG é um produto do fracasso. Da parcialidade. Por isso, vem a calhar a figura do juiz das garantias. Um avanço. Mas não nos esqueçamos: avanço que mostra que fracassamos. Qual juiz, afinal, não é das garantias? Juiz já deveria ser sinônimo de garantias. Porém...**" Porto Alegre, 27 jan 2020. *Twitter*: @LenioStreck. Disponível em: <<https://twitter.com/LenioStreck/status/1221859857248280576>>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2020.

⁶ Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem

procedimentos no processo penal brasileiro, tais prazos são impróprios. E, não possuindo sanção para seu descumprimento, acabam sendo ineficazes, levando à ausência de controle *in concreto* da duração da cautelar.

Derradeiramente, importante se observar que tratamento tal disposição terá no dia-a-dia dos tribunais, isto é, se o dispositivo, de fato, terá efetividade, especialmente no "pós-pandemia" ou se ainda será corriqueiro perceber-se decisões com a tradicional fórmula genérica: “mantenha-se a prisão pela permanência dos motivos que a ensejaram”.

3.4 A “nova prisão preventiva” e a superlotação carcerária

Segundo o Ministério da Justiça — MJ (INFOPEN de junho de 2019), no Brasil há 758.676 pessoas presas, sendo 253.963 presos provisórios. Um terço são pessoas que não tiveram condenações definitivas e, no Maranhão, 11.985 presos, 4.794 provisórios (BRASIL, 2020).

Pelos dados, inicialmente já se questiona se, na prática, de fato a prisão cautelar é medida excepcionalíssima e se a regra de tratamento derivada do princípio do estado de inocência, baldrame do sistema acusatório trazido pela CF, está a ser observada.

Nesse contexto, salienta-se ainda o elevado crescimento do número de presos no país, já que, em 2000, os mesmos dados do MJ apontavam 232.755 presos, tendo havido, portanto, um crescimento de 330% em dezenove anos, enquanto que a população brasileira aumentou bem menos nesse período: 123% (IBGE, 2000; 2019). Por isso, entende a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2019, p. 17) que, a despeito dos esforços envidados pelo Brasil, a situação “continua sendo preocupante, e continua exigindo mudanças estruturais urgentes”, devendo o Estado brasileiro, conforme orientação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tomar as medidas necessárias para que “a determinação da prisão preventiva seja realizada de forma excepcional e de acordo com os princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade” (CIDH, 2021, p. 204).

Naturalmente, a solução de tal problemática perpassa pelo tratamento humanizado às prisões cautelares, desiderato adimplido, ao menos em tese e no papel, pela novel Lei n.º 13.964/2019, que trouxe importante oxigenação acusatória ao instituto. Com efeito, não basta a medida normativa, necessita-se de efetividade. Outrossim, por possuir natureza jurídica de cautelar pessoal, resta claro que a decretação não prescinde da existência de risco concreto ao resultado final do processo e, ainda assim, tão somente se não for possível a adoção de cautelar diversa da prisão. Debalde. *In concreto*, não é o que ocorre.

Isso porque, segundo relatório da Unidade de Monitoramento Carcerário – UMF, do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão – TJMA, o índice histórico de decretação de prisões preventivas em audiências de custódia no Maranhão é de 60,05%. De 8.127 audiências de custódia entre 2014 e 2019, em 4.881 houve a decretação da prisão do custodiado (UMF, 2019).

A exceção virou regra e a oxigenação acusatória que se vê no âmbito teórico-normativo, não se faz presente na prática. O relatório (UMF, 2019) também aponta que o índice de decretação de preventivas praticamente só aumenta (2014 – 46,74%; 2015 – 48,96%; 2016 – 53,88%; 2017 – 62,34%; 2018 – 68,48%; 2019 – 67,88%).

Como se considerar excepcionalíssima uma medida que é adotada quase setenta por cento das vezes? A problemática ganha contundência quando se vê que 43,79% das audiências entre 2015 e 2019 (3.519 no total) referiram-se a crimes sem violência e, destas, 3.016 tiveram como objeto crimes de perigo abstrato, isto é, tipos nos quais o perigo é presumido pelo legislador e prescinde de demonstração concreta de perigo ou lesão. O paradoxo: prende-se preventivamente com base no risco. Paradoxo maior ainda quando se verifica que o mesmo relatório (UMF, 2019) aponta haver o total de 11.966 presos no Maranhão para somente 8.558 vagas: lotação de 139% e déficit de 3.408 vagas. Reitere-se: há 4.407 presos provisórios — número bem maior que o déficit de vagas.

Se houvesse um tratamento judicial das cautelares observando a sua natureza jurídica de medida de *extrema ratio*, estar-se-ia com um déficit bem menor ou, quiçá, sem déficit de vagas. Não obstante a subsidiariedade da medida estar expressa no CPP desde 2011, espera-se que as alterações promovidas pela Lei n.º 13.964/2019 mudem o paradigma atual. A ver.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O utilitarismo, desenvolvido por Jeremy Bentham, é uma doutrina que traz como base da ideia de justiça o princípio moral segundo o qual a decisão correta é a que maximiza a utilidade. Esta, mede-se pelo máximo de felicidade e mínimo de sofrimento trazido para a coletividade. Logo, uma decisão justa é a que satisfaz/"torna feliz" a maioria das pessoas.

Essa é a lógica que parece dominar o direito penal atualmente. Concebido como instrumento protetivo do indivíduo ante o absolutismo e tirania ilimitados de quem agisse em nome do Estado, hoje se tem o direito penal como panaceia para todos os males e para a maximização da eficiência do próprio Estado — mesmo que ao preço das lágrimas de alguém.

Na medida em que busca maximizar o combate à criminalidade e, portanto, a "felicidade geral", mesmo que ao preço do esvaziamento de garantias, o utilitarismo permeia o pacote anticrime. Na sociedade de riscos em que se vive, cercada de fatores criminógenos, como

imensas desigualdades sociais e bolsões de pobreza, que potencializam a criminalidade de rua (de massas), há um deslocamento claro na forma de atuação do direito penal, eis que, na sociedade de risco, o outro é também visto como um risco a ser combatido pela legislação criminal, culminando numa hipertrofia/expansionismo (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 40).

Essa foi a realidade que levou a movimentos como os americanos *law and order*, *broken windows theory* e *zero tolerance* — influenciadores direto do pacote anticrime. Como denominador comum entre todos, a idealização de um grupo de "pessoas de bem" que devem ser protegidas da "massa de criminosos", identificáveis por estereótipos comumente relacionados às classes menos favorecidas, contra quem Estado e polícia atuam de forma ilimitada (ZAFFARONI, 2012, p. 37). A compreensão do outro como um inimigo que gera um risco e a ideia de que o sistema criminal deve ser duro, rápido e eficaz, pois o outro não se adequa ao sistema e, portanto, não é digno de se tratado como cidadão (JAKOBS, 2007), parece ser o paradigma do pacote.

Feita para “inimigos do Estado”, a lei anticrime, no geral, possui viés inquisitório acentuado, relativiza e esvazia garantias fundamentais, mas, embora seja um deserto inquisitório, possui três oásis acusatórios: juiz de garantias, a obrigatoriedade das audiências de custódia em prazo célere sob pena de ilegalidade da prisão e as alterações na prisão preventiva.

Com efeito, os dois primeiros deixaram de ser antes mesmo de sê-lo, pois esvaziados na decisão liminar do Min. Fux na ADI 6298, com eficácia suspensa sem previsão de julgamento. O terceiro, ao menos por ora, remanesce. No geral, as diversas alterações do pacote anticrime sobre a prisão preventiva foram positivas.

Suplantou-se a decretação de prisão *ex officio* em qualquer fase do processo. Hoje, somente por provocação e após o contraditório — ao menos enquanto a exceção não virar regra.

Reforçou-se a prisão preventiva como medida de *extrema ratio* de caráter excepcionalíssimo, com a exigência de fundamentação do porquê da sua não substituição por cautelares diversas, fundamentação esta que deve ser baseada em elementos alinhados às especificidades do caso *sub judice*. Outrossim, implicitamente reconhecendo o negativo "estado da arte" jurisprudencial, o legislador previu rol de fundamentações inidôneas a motivarem a cautelar, podendo levar à ilegalidade da prisão, caso utilizadas.

A heterodoxa previsão legislativa certamente leva em conta a dissonância entre o teórico e o real, onde a prisão preventiva, muitas vezes não é a derradeira alternativa — a *extrema ratio* —, mas a medida de *prima* ou *sola ratio*.

No Brasil e no Maranhão, vê-se elevado número de presos provisórios. Institutos como a audiência de custódia, compreendidos concretamente de forma divorciada com a sua *ratio*

legis garantista, terminam pervertendo-se em instrumentos pró-cárcere: é inadmissível que um instrumento voltado à proteção do indivíduo resulte na privação de sua liberdade em aproximadamente 70% das vezes em que é utilizado.

A ver como as salutares alterações legislativas serão tratadas concretamente nos tribunais, especialmente no pós-pandemia. Que o sejam como a Constituição estabelece: reconhecendo a lei penal como a lei do mais fraco. Lei que diante do mais forte, busca defender quem se encontra em vulnerabilidade na dinâmica do crime: no delito, a vítima; no processo, o processado; na execução, o condenado (FERRAJOLI, 2005, p. 73).

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: *Habeas data*, direitos constitucionais e provas ilícitas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Habeas Data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 211-226.

BASTOS PITOMBO, Cleunice. **Da Busca e da Apreensão no Processo Penal**. 2. ed., São Paulo: RT, 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Pilares, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo. Medidas Cautelares Penais (Lei 12.403/11): Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. **Revista Eletrônica de Direito Penal**. Ano 1. Vol. 1. N. 1. Junho/2013.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1940.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, 13 de outubro de 1941.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. **Lei das Prisões**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 5 de maio de 2011.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 24 de dezembro de 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS – Junho de 2019**. [2020]. Brasília: Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em 10 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 104.339/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJe de 06-12-2012. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3164259>>. Acessado em 15 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.112-1/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no DJe-131 em 26-10-2007. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2194197>>. Acessado em 15 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298/DF**. Relator: Min. Luís Fux. Publicada no DJe-024 em 07-02-2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acessado em 15 de fevereiro de 2020.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Pádova: Cedam, 1936.

CORTEIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Asunto del Complejo Penitenciario de Pedrinhas respecto de Brasil**. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de octubre de 2019. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_03_por.pdf>. Acesso em 01 de fevereiro de 2020.

CIDH. Comissão Interamericana de Derechos Humanos. **Situación dos direitos humanos no Brasil**. Washington, D.C., Estados Unidos: Organización dos Estados Americanos - OEA, 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. rev. ampl. atual. Salvador, BA: JusPodivm, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. **ITER CRIMINIS – Revista de Ciencias Penales**, Tlaplan, México, núm. 1, Tercera época, 2005.

GUASP DELGADO, Jaime. La Pretensión Procesal. *In: Estudios Jurídicos*. Coord. Pedro Aragoneses Alonso. Madri : Civitas, 1996.

HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, ano III, n. 18, p. 144-157, fev./mar. 2003.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. **La Diligencia de Entrada y Registro en Lugar Errado en el Proceso Penal**, Madrid: Edersa, 1996.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Sinopse preliminar do censo demográfico 2000**. Volume 7. Rio de Janeiro: IBGE, 2000

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>> . Acesso em 10 de março de 2020.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 2. ed. Organização e tradução de André Luiz Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: SaraivaJUR, 2019. E-book. ISBN 978-85-53-60572-9.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Carlos Hélder C. F. **Tecnoinvestigação Criminal: Entre a Proteção de Dados e a Infiltração por Software**. Salvador: Juspodivm, 2020.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material: aportes hermenêuticos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª ed. 22ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. E-Book. ISBN 978-85-2001-097-6.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**, 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lênio. Simples. **O JG é um produto do fracasso. Da parcialidade. Por isso, vem a calhar a figura do juiz das garantias. Um avanço. Mas não nos esqueçamos: avanço que mostra que fracassamos. Qual juiz, afinal, não é das garantias? Juiz já deveria ser sinônimo de garantias. Porém...** Porto Alegre, 27 jan 2020. Twitter: @LenioStreck. Disponível em: <<https://twitter.com/LenioStreck/status/1221859857248280576>>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2020.

UMF. Unidade de Monitoramento Carcerário do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Relatório de Audiências de Custódia**. Dezembro de 2019. São Luís: UMF, 2019.

UMF. Unidade de Monitoramento Carcerário do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Relatório Unidades Prisionais e Delegacias**. Dezembro de 2019. São Luís: UMF, 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012.