

AGASSIZ ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA. CONTEMPORANEIDADE DOS FATOS QUE JUSTIFICAM A DECRETAÇÃO. INEXISTÊNCIA. MATERIALIDADE DELITIVA NÃO DEMONSTRADA. APLICAÇÃO NECESSÁRIA DAS MEDIDAS CAUTELARES DIFERENTES DA PRISÃO (ART. 319 DO CPP). FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. AUSÊNCIA. NULIDADE DA DECISÃO.

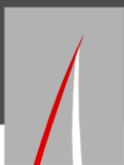
PARECER

SUMÁRIO: 1. Consulta; 2. Princípio do Estado Democrático de Direito e prisão preventiva; 3. Excepcionalidade da prisão preventiva e princípio da proporcionalidade; 4. Excepcionalidade da prisão preventiva e devido processo legal; 4.1. Excepcionalidade da prisão preventiva, devido processo legal e ampla defesa; 5. Excepcionalidade da prisão preventiva e princípio da presunção de inocência; 6. Natureza jurídica da prisão preventiva; 7. Motivadores secundários (e aparentes) da prisão preventiva; 7.1. Periculosidade do agente; 7.2. Gravidade do delito; 8. Contemporaneidade do delito como pressuposto lógico da prisão preventiva; 9. Aplicação da lei penal como fundamento da prisão preventiva; 10. Respostas.

1. Consulta

O ex-governador do Estado da Paraíba, Ricardo Vieira Coutinho, através do seu ilustre advogado, Dr. Eduardo Cavalcanti, consulta-nos acerca de alguns aspectos relacionados com as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, nos termos dos arts. 3º-A e 4º, §16, inc. I, da Lei nº 12.850/13, dos arts. 282, § 6º, e 312, *caput* e §2º, 313 e 319 do Código de Processo Penal (CPP), com as alterações da Lei nº 13.964/19, e dos arts. 1º e 5º, *caput*, incs. LIV e LVII, da Constituição Federal de 88 (CF), ressaltando, dentre eles, a excepcionalidade da prisão preventiva, sua relação com os princípios do Estado Democrático de Direito, do devido processo legal, da proporcionalidade e da presunção de inocência, além dos conceitos de gravidade do delito e de periculosidade do agente como motivadores secundários da prisão preventiva. Eis o resumo dos elementos juridicamente relevantes:

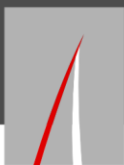




AGASSIZ ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

- a) Em decisão prolatada no dia 16 de dezembro de 2019, motivada por pedido de medida cautelar ajuizado pelo Ministério Público estadual, um desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba decreta a prisão preventiva do Consulente com base, supostamente, na certeza da materialidade delitiva, na existência de indícios de autoria, na garantia da ordem pública, na conveniência da instrução criminal e na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. A decisão também relativiza o caráter excepcional do instituto da prisão preventiva, asseverando o que segue: “em havendo a indicação de fundamentos concretos aptos a justificar a custódia cautelar [preventiva], não se revela cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão (...)”.
- b) A decisão considera que há certeza quanto à materialidade delitiva em razão dos elementos apresentados nos autos, baseados na colaboração premiada de cinco pessoas, nos seguintes termos: “O art. 312 do Código de Processo Penal pressupõe a ocorrência do *fumus comissi delicti*, o qual consiste na certeza quanto à materialidade delitiva (i.e., existência do crime) e indícios de autoria. No que pertine à autoria, não se exige a concepção da certeza, imprescindível a uma condenação, aqui, sim (!), conformando-se a lei e a lógica existencial com mero lastro satisfatório, vinculando o agente ao delito.” Segundo a decisão, a contemporaneidade dos fatos que justificam a preventiva (sua vinculação a condutas ilícitas que estejam ocorrendo no momento da decretação) estaria presente, outrossim, “diante dos contundentes indícios de participação dos investigados em organização criminosa atuante.”
- c) Segundo a decisão, o pressuposto da garantia da ordem pública se faz presente porque “os fatos (...) narrados demonstram, concretamente, a gravidade das condutas a ele [Consulente] imputadas, notadamente por ser, em tese, o chefe do suposto forte e articulado grupo criminoso que teria desviado montantes milionários dos setores da saúde e da educação e auferido vantagens ilícitas de diversas naturezas, em detrimento da máquina administrativa e da população mais carente. (...) A ordem pública foi posta à prova e, mais do que isso, violada duramente, ao que transparece, precisando ser recomposta e, antes de tudo, preservada, lembrando que parte do *staff* do então governador ainda estaria em plena atividade, de modo que chance de novas recidivas se afigura possibilidade concreta (risco de reiteração delitiva).” A decisão ressalta, ainda, a periculosidade do Consulente como elemento para configurar a necessidade de preservação da ordem pública.





AGASSIZ ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

- d) De acordo com a decisão que decretou a prisão preventiva, os crimes apontados no processo tinham como finalidade a ascensão do Consulente ao cargo de governador do Estado, a obtenção de vantagens indevidas para a reeleição do Consulente em 2014, a “perpetuação de um projeto de poder”, o pagamento de recursos para a campanha de 2018 ou a compra de apoio político do PMDB. Trata-se de condutas que podem dar origem a supostos crimes eleitorais praticados em conexão com crimes comuns, condutas, ainda segundo a decisão, que poderiam ter sido ocultadas ou potencializadas por membros do Tribunal de Contas do Estado. No dia 14 de março de 2019, o Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência no sentido da competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar crimes comuns em conexão com crimes eleitorais (AgR INQ 4435).
- e) No que diz respeito à conveniência da instrução criminal, a decisão aponta que a “custódia preventiva de Ricardo Coutinho também se releva necessária para acautelar a instrução criminal, na medida em que, por seu aparente poder de influência e liderança sobre os demais membros da ORCRIM, e também na administração pública, em razão dos cargos anteriormente ocupados na política paraibana, além da sua aparente amizade com pessoas embrenhadas nas mais altas fileiras do poder público estadual, pode interferir (direta e indiretamente) na produção das provas. (...) Além disso, “ninguém duvida do poder de intimidação do investigado Ricardo Coutinho (...). Se não intimidação ativa (que se sabe que possuem → experiências de background), presença de força reserva de uso retardado possuem à saciedade (...), em face do risco de intimidação de testemunhas importantes para o contexto da investigação ainda em curso.”
- f) O risco para a aplicação da lei penal decorreria da capacidade de articulação do Consulente e dos investigados no sentido de ocultar bens e adotar cautelas para evitar uma condenação. Nessa linha, continua a decisão, “havendo indícios da existência de quantias milionárias obtidas por meio criminoso, ainda pendentes de rastreamento, justifica-se a prisão preventiva, pois a liberdade dos investigados coloca em risco a possibilidade de haver o sequestro de tais quantias, frustrando a aplicação da lei penal, já que poderiam praticar atos com vistas a ocultar o produto dos seus supostos crimes.” Tratar-se-ia de “técnica de lavagem que põe em risco a aplicação da lei penal, cujo aspecto reparatório há de ser assegurado.”

Tomando esses elementos como ponto de partida do seu questionamento, o Consulente formula as seguintes perguntas:





AGASSIZ / ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

- a) Qual o efeito da projeção normativa do princípio do Estado Democrático de Direito sobre a prisão preventiva? Esse enunciado principiológico interfere no caráter excepcional da prisão preventiva e no dever de fundamentação judicial específica quanto a ela? Por quê?
- b) Se houver a indicação de fundamentos concretos aptos a justificar a prisão preventiva, é possível deixar de aplicar as medidas cautelares alternativas à prisão? Por quê?
- c) Qual a relação entre a excepcionalidade da prisão preventiva e os princípios da proporcionalidade, do devido processo legal e da presunção de inocência?
- d) Qual a importância da materialidade delitiva para fins de decretação da prisão preventiva? Um suporte probatório baseado exclusivamente na declaração unilateral de colaboradores premiados é suficiente para configurar a prova da existência do crime mencionada pelo art. 312 do CPP? Por quê?
- e) O que significam a contemporaneidade do delito e a periculosidade do imputado para fins de decretação de prisão preventiva? O argumento de que os crimes investigados “dificilmente são descobertos no decorrer do exercício do cargo público” justifica a decretação da prisão preventiva de um ex-governador? Por quê?
- f) O fato de pessoas ligadas a um ex-governador que é investigado, indiciado ou acusado pela prática de crimes de colarinho branco estarem em liberdade ou ocuparem cargos públicos de qualquer natureza é motivo suficiente para a decretação de prisão preventiva para fins de garantia da ordem pública? Por quê?
- g) O prestígio de um imputado, decorrente do fato de este ter ocupado o cargo de governador de Estado ou de ter correligionários em uma administração pública estadual com a qual ele rompeu publicamente, é suficiente para embasar um decreto de prisão preventiva com o fim de assegurar a conveniência da instrução criminal? Por quê?
- h) Como se configura a necessidade de garantia do cumprimento da lei penal para fins de decretação da prisão preventiva? Ela busca garantir todos os aspectos e previsões normativas do sistema penal ou se restringe ao risco de fuga? Essa hipótese de cabimento se manifesta no caso em questão, no qual o Consulente estava em viagem no exterior e antecipou seu retorno ao Brasil para atender a uma determinação judicial? Por quê?





AGASSIZ ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

- i) O Tribunal de Justiça da Paraíba é competente para decretar a prisão preventiva do Consulente? Por quê?
- j) Na hipótese de decretação de prisão preventiva na qual seja determinada a privação da liberdade de dezessete pessoas, é necessário que haja individualização das condutas que vieram a justificar a preventiva quanto à materialidade delitiva, aos indícios de autoria, ao *periculum libertatis* e às hipóteses de cabimento? Em caso de resposta positiva, o direito à igualdade determina que eventuais pedidos de *habeas corpus* sejam decididos da mesma forma em relação a todas as pessoas alcançadas pelo pedido de prisão preventiva? Por quê?
- k) Há razões jurídicas que permitam a prisão preventiva do Consulente? Por quê?

2. Princípio do Estado Democrático de Direito e prisão preventiva

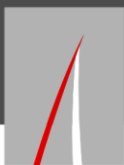
“O princípio do Estado de Direito – escreve J. J. Gomes Canotilho – é, fundamentalmente, um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal (...), que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da atividade do Estado.”¹ Isto significa que todos os âmbitos da atuação estatal devem se adequar àquilo que é determinado pela ordem jurídica, concebida, nos marcos da Constituição de 88, como uma unidade na qual as leis e os demais atos normativos necessariamente devem estar em harmonia com o diploma constitucional. A supremacia da Constituição em relação às leis e a necessidade de se interpretar a legislação processual penal através da Constituição (constitucionalização do processo) é especialmente relevante no que diz respeito aos direitos fundamentais dos imputados, uma vez que o *jus puniendi*, historicamente, tem sido um dos mais relevantes instrumentos de abuso e irracionalidade do poder estatal.

“Dado que o Direito Penal – escrevem Jescheck e Weigend – possibilita as mais profundas intromissões que, com caráter geral, conhece o ordenamento jurídico na esfera da liberdade do cidadão, devem ser construídas garantias especiais contra o seu abuso”², destacando-se, entre elas, a segurança jurídica que decorre da dimensão for-

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 243.

² JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. 5ª ed., Granada: Comares, 2002, p. 28.





AGASSIZ ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

mal do Estado de Direito³, uma das mais importantes garantias individuais no plano processual. No que diz respeito à prisão preventiva, a segurança jurídica se projeta a partir de uma interpretação sistemática do comando normativo previsto nos arts. 312 e 319 do CPP. Através dessa interpretação, ganha corpo a ideia de que a prisão preventiva é absolutamente excepcional e só pode ser utilizada quando as medidas cautelares previstas pelo art. 319 do CPP não forem suficientes para alcançar os objetivos da persecução penal. “Na fase contemporânea do Estado Constitucional brasileiro, assim, a decretação da prisão preventiva deve ser utilizada como medida cautelar de *ultima ratio*.”⁴

Desde o ponto de vista material, “o Estado de Direito indica como deve ser configurado internamente o Direito Penal para se relacionar, na maior medida possível, com a figura ideal de um Estado justo.”⁵ Sob uma perspectiva material, ganham destaque o respeito à dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade⁶, cuja incidência sobre o instituto da prisão preventiva, além de determinar sua excepcionalidade absoluta, exige que haja um prejuízo real e grave, capaz de gerar danos sociais relevantes, inviabilizar a persecução penal ou impedir a aplicação da lei penal. Os prejuízos à garantia da ordem pública, a necessidade da instrução ou a não aplicação da lei a que se refere o art. 312 do CPP não se presumem. É necessário que estejam acontecendo efetivamente no momento da decretação da prisão preventiva (contemporaneidade dos fatos) e que haja evidências de que vão continuar a ocorrer. Sua existência deve ser demonstrada detalhadamente pelo juiz para que se possa relativizar o direito à liberdade do imputado através da preventiva.

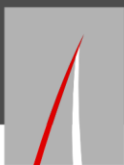
³ *Idem, ibidem*. Segundo Agassiz Almeida Filho (**Promoção funcional de membro do Ministério Público**: objetividade e fundamentação da votação no processo de composição da lista tríplice. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Editora Forense, nº 401, 2009, pp. 361/362), “uma das bases do Estado de Direito (...) é o princípio da segurança jurídica. Este se manifesta por meio da relação que deve existir entre os atos praticados pelo Estado e a estabilidade das relações intersubjetivas e do próprio ordenamento jurídico. De acordo com os termos do princípio da segurança jurídica – escreve J. J. Gomes Canotilho –, ‘o indivíduo tem do Direito poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas (...) se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico’. O advento do Estado de Direito projetou a necessidade de limitação do poder estatal e a previsão jurídica a ela inerente como elementos integrantes de todos os atos estatais.”

⁴ ALMEIDA FILHO, Agassiz e CRUZ, Danielle da Rocha. Excepcionalidade da prisão preventiva no Estado Democrático de Direito. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Editora Forense, nº 419, 2014, p. 316.

⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas, **Tratado de Derecho Penal**, *op. cit.*, p. 28.

⁶ *Idem, ibidem*, pp. 28 e 29.





AGASSIZ ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

O juiz tem o dever funcional de apresentar uma fundamentação específica acerca da necessidade de decretar a prisão e da insuficiência das demais medidas cautelares no caso concreto. Essa fundamentação específica precisa enfrentar todas as hipóteses previstas no art. 319 do CPP, segundo determina o art. 282, § 6º, do CPP⁷, e demonstrar que sua aplicação não conseguiria garantir a ordem pública, a ordem econômica, o bom andamento da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal. A ausência dessa fundamentação específica torna a decisão que decreta a prisão preventiva nula por ausência de fundamentação (art. 93, inc. IX, da CF de 88). Sendo assim, o ônus da fundamentação específica determina que o magistrado vá além da mera fundamentação da decisão, apresentando, no caso da prisão preventiva, um arrazoado adequado acerca dos fundamentos da decretação e da não incidência suficiente das demais medidas cautelares sobre o suporte fático existente nos autos.⁸

3. Excepcionalidade da prisão preventiva e princípio da proporcionalidade

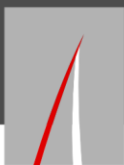
“Não mais residem dúvidas, na atualidade, acerca da necessária aplicação do princípio da proporcionalidade no contexto da decretação da prisão preventiva. Há dois cenários possíveis. No primeiro deles, o princípio da proporcionalidade se projeta como necessidade de equilíbrio entre a decretação da prisão cautelar e a pena que eventualmente possa vir a recair sobre o acusado no final da persecução penal⁹. No segundo cenário, que guarda relação com a presente consulta, o princípio da proporcionalidade deve ser observado no momento de o magistrado deixar de considerar o direito à liberdade *prima facie* (direito em abstrato), ou seja, no instante de cotejá-lo com as situações de *periculum libertatis* previstas pelo art. 312 do CPP e chegar a uma decisão con-

⁷ Art. 282, § 6º, do CPP: “A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.”

⁸ Para uma breve exposição sobre a fundamentação específica por parte do juiz constitucional, cf. ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Introdução ao Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 214.

⁹ CODERO, Franco. **Procedura penale**. Milano: Giuffrè. 2000, p. 475; DUCLERC, Elmir. Princípios constitucionais relativos à prisão processual no Brasil: o problema da inefetividade – diagnóstico crítico e alternativas de superação. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 64, 2007, p. 280.





AGASSIZ ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

creta acerca da decretação da prisão preventiva. Isto quer dizer que o princípio da proporcionalidade deve integrar o processo de construção da decisão judicial.”¹⁰

Qual o sentido normativo do princípio da proporcionalidade? Em geral, deixando de lado as discussões sobre fórmulas de peso ou a relação necessária entre o princípio da proporcionalidade e a dimensão moral dos direitos fundamentais¹¹, o princípio da proporcionalidade funciona como uma fórmula lógico-normativa através da qual é possível estabelecer um equilíbrio razoável entre os fins e os meios utilizados para alcançá-los. No caso da decretação da prisão preventiva, a operação deve ser mediada pelo valor intrínseco do direito à liberdade que pode ser atingido pela medida cautelar. De acordo com a conexão entre o princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais, “um dos temas centrais do debate constitucional contemporâneo”¹², a medida cautelar a ser adotada pelo juiz para alcançar os objetivos do art. 312 do CPP deve ser a mais constitucionalmente adequada, ou seja, aquela que menos venha a restringir os direitos fundamentais do imputado. Isso significa que o princípio da proporcionalidade determina que magistrado adote a prisão preventiva segundo o postulado da excepcionalidade absoluta, com toda as implicações discursivas decorrentes da necessidade de fundamentação específica.

4. Excepcionalidade da prisão preventiva e devido processo legal

O princípio do devido processo legal é o núcleo normativo a partir do qual emanam as demais garantias em torno do processo em sentido amplo, estendendo sua influência, na linha da tradição norte-americana, até mesmo sobre o processo legislativo e sua conformidade formal e material com a Constituição. A partir de uma ótica substantiva, “o problema nuclear da exigência de um *due process* não estaria tanto – ou pelo menos não estaria exclusivamente – no procedimento legal mediante o qual alguém é declarado culpado ou castigado (...) por haver violado a lei, mas sim no fato de a lei poder ela própria transportar a ‘injustiça’, privando uma pessoa de direitos fundamentais.”¹³ Dessa maneira, o princípio do devido processo legal aparece como um dos pilares nos quais se sustenta o Estado Democrático de Direito brasileiro. Também figura

¹⁰ ALMEIDA FILHO, Agassiz e CRUZ, Danielle da Rocha, **Excepcionalidade da prisão preventiva no Estado Democrático de Direito**, *op. cit.*, p. 324.

¹¹ ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de la proporcionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid: CEPC, nº 91, 2011, pp. 16 e 20.

¹² *Idem, ibidem*, p. 11.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, *op. cit.*, p. 494.





AGASSIZ ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

como uma das bases para a compreensão da ordem jurídica como um todo e a proteção dos direitos e garantias fundamentais em particular.

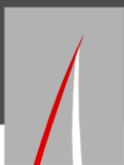
No plano processual penal, a doutrina brasileira tradicionalmente entendia que o “devido processo legal é aquele em que todas as formalidades são observadas, em que a autoridade competente ouve o réu e lhe permite a ampla defesa, incluindo-se o contraditório e a produção de todo tipo de prova – desde que obtida por meio ilícito – que entenda seu advogado produzir em juízo.”¹⁴ Embora correta, essa perspectiva avançou bastante no sentido de considerar as formalidades constitucionais e infraconstitucionais do processo penal como verdadeiras garantias contra os potenciais abusos do poder estatal. Por causa disso, o sentido normativo do devido processo legal, sob as óticas material ou formal, deve ser densificado a partir da proteção da liberdade e da dignidade humana, resultado do “vigoroso e incindível relacionamento entre as preceituações constitucionais e as normas penais”¹⁵. Desse modo, a decretação da preventiva deve seguir pelo cânone hermenêutico da máxima efetividade do direito à liberdade. No processo penal, é importante repetir, a dimensão formal do Estado de Direito e suas implicações se projetam como núcleos de proteção efetiva do catálogo de direitos e garantias fundamentais.

4.1. Excepcionalidade da prisão preventiva, devido processo legal e ampla defesa

A ampla defesa se relaciona com o devido processo legal em pelo menos duas dimensões. Na primeira delas, entende-se que o direito ao pleno exercício do direito de defesa é a principal dimensão da ideia de processo constitucionalmente justo, visto que a todas as pessoas é atribuído o direito de afirmar em juízo ou fora dele a sua própria inocência. Desse modo, o direito fundamental à ampla defesa aparece como um dos corolários lógicos e normativamente necessários do princípio do devido processo legal. Na segunda dimensão, ligada ao âmbito processual em sentido mais restrito, a ampla defesa só pode ser levada adiante se o processo transcorrer dentro dos marcos norma-

¹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição**: 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, vol. I, 1990, p. 530. De acordo com Lúcia Vale Figueiredo (Estado de Direito e devido processo legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV, nº 209, 1997, p. 9), “somente será *due process of law* aquela lei – e assim poderá ser aplicada pelo magistrado – que não agredir, não entrar em confronto, não entrar em testilhas com a Constituição, com os valores fundamentais consagrados na Lei das leis.”

¹⁵ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**: jurisdição, ação e processo penal – estudo sistemático. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 208.



AGASSIZ ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

tivos previstos pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. A ampla defesa é um direito fundamental e encontra seu propósito prático-normativo unicamente como parte de um sistema jurídico válido, coerente e eficaz. Essa projeção sistemática do direito à ampla defesa também reforça a ideia de unidade do Direito e de uma atividade hermenêutica compatível com as várias manifestações do sistema jurídico.

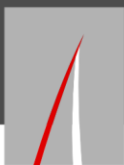
Qualquer fuga daquilo que é determinado pela ordem jurídica em seu conjunto, que dá origem, portanto, a uma afronta expressa ao princípio do devido processo legal, impossibilita o exercício da ampla defesa e torna o processo incompatível com a Constituição. A atividade hermenêutica do magistrado responsável pela análise das hipóteses de cabimento da prisão preventiva está diretamente conectada com a mensagem normativa de uma Constituição que privilegia a liberdade, a segurança jurídica e a dignidade humana, não permitindo que os imputados em geral percam sua condição de sujeitos de direito e se convertam em simples objetos da persecução penal. Afinal, com exceção do argumento de que o processo deve retomar a sua ligação com o ordenamento jurídico e voltar a harmonizar-se com o devido processo legal, ninguém consegue se defender adequadamente do voluntarismo que atua à margem da lei. Pontes de Miranda já afirmava: “sem obediência à lei anteriormente feita [devido processo legal], o juiz julgaria e legislaria ao mesmo tempo, e suas decisões teriam o pecado das velhas justicas despóticas.”¹⁶

O problema da relação entre a decretação da prisão preventiva e o devido processo legal, portanto, apresenta duas implicações para o princípio da ampla defesa. A primeira delas tem a ver com a estrita observância do que determinam os arts. 312 e 319 do CPP, que se baseiam na excepcionalidade absoluta da decretação da preventiva, na interpretação restritiva das suas hipóteses de cabimento e na necessidade de demonstração, passo a passo, por parte do decisor, de que a aplicação das demais medidas cautelares não atende às exigências da persecução penal, nos termos literais do art. 282, § 6º, do CPP. Aqui a questão probatória também é fundamental. Afinal de contas, não pode haver decretação de prisão preventiva com base em meios de produção de prova, a exemplo da colaboração premiada, ou em meros indícios da prática de quaisquer delitos, por força do que determina o próprio enunciado do art. 312 do CPP.¹⁷

¹⁶ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 240.

¹⁷ O enunciado normativo do art. 312 do CPP é expresso quando exige três requisitos sem os quais não pode haver decretação de prisão preventiva: prova do crime, indícios suficientes de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. A materialidade do delito se manifesta através da prova do crime. Sem ela, os indícios de autoria e de *periculum libertatis* não podem





AGASSIZ / ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

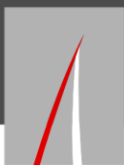
A segunda implicação do binômio prisão preventiva/ devido processo legal ganha forma com a impossibilidade de exercício da ampla defesa diante da quebra do modelo de processo criado pela lei e pela Constituição: a decretação de uma prisão preventiva fora dos estritos moldes normativos do devido processo gera imprevisibilidade jurídica e altera a paridade de armas entre a acusação e a defesa¹⁸. Não restam dúvidas de que a prisão do imputado limita a sua esfera de ação, reduzindo a capacidade de articulação entre ele, sua defesa técnica e as circunstâncias delitivas apresentadas pela acusação. Se o processo não seguir aquilo que está previamente determinado pela Constituição e pelas leis, cuja mensagem normativa, vale a pena repetir, deve ser interpretada de acordo com o princípio da unidade da ordem jurídica, o imputado fica impossibilitado de resguardar em sua plenitude os bens jurídicos que podem vir a ser afetados por uma persecução penal incompatível com o Estado Democrático de Direito e o devido processo legal.

5. Excepcionalidade da prisão preventiva e princípio da presunção de inocência

existir por impossibilidade fática e lógica. A colaboração premiada, por seu turno, é apenas um meio de obtenção de prova, aliás, um “domínio de obtenção de prova suscetível de contender com direitos fundamentais dos visados pela delação (CANOTILHO, J. J. Gomes e BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: IBCrim, vol. 133, 2017, p 148). Tendo em conta que o art. 312 do CPP menciona a existência de prova do crime como requisito para a decretação da prisão preventiva, a materialidade não pode se configurar a partir de indícios probatórios obtidos a partir das colaborações, ou seja, de alegações das quais se possa extrair, “por meio de máximas de experiência ou leis científicas, a existência de um fato histórico a ser provado” (Paolo Tonini. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53). É necessário que haja prova do delito para que a decretação da preventiva possa vir a ocorrer.

¹⁸ Além de medida cautelar que pretende assegurar o normal desenrolar do processo e a aplicação da lei penal, a prisão preventiva é erroneamente utilizada como mecanismo de contenção (cf. os itens 7, 7.1. e 7.2. deste parecer). A restrição da liberdade antes do trânsito em julgado como medida de contenção estaria fundada na necessidade de neutralização de um indivíduo cuja periculosidade é decorrência da prática do delito que deu origem à investigação ou ao processo. Restrições dessa natureza dificultam o exercício da ampla defesa e do contraditório, na medida em que o preso não tem livre acesso nem mesmo ao seu advogado. Nesse sentido, a prisão preventiva não apenas mostra-se prejudicial ao exercício da ampla defesa e do contraditório. A sua decretação necessariamente mitiga a suposta igualdade (paridade de armas) que deve existir entre as partes no processo (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 5ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 559).





AGASSIZ ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

A Constituição brasileira prevê a possibilidade de prisões anteriores ao julgamento, inclusive anteriores à própria existência do processo criminal. Apesar disso, é inconteste que a prisão preventiva relativiza de alguma maneira o princípio da presunção de inocência, de acordo com o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º., inc. LVII, da CF).¹⁹ Para Ferrajoli, um severo crítico do instituto, a prisão antes do julgamento é sempre ilegítima, independentemente da sua finalidade, impondo-se como um verdadeiro ato de força e arbítrio²⁰. Nesse sentido, “efetivamente não existe nenhuma decisão judicial e talvez nenhum ato do poder público que suscite tanto medo e insegurança e fragilize tanto a confiança no Direito como o encarceramento de um cidadão sem processo”²¹ ou condenação. Por isso, a imposição da prisão preventiva só possui validade se encontrar lastro na excepcionalidade delimitada pela ordem jurídica e for respaldada por uma rígida fundamentação jurídica. Trata-se da fundamentação específica mencionada no item 2 do presente parecer.

Diante das flagrantes violações de direitos fundamentais ocorridas sob o manto da prisão preventiva “constitucional”, ainda na esteira de Ferrajoli, é importante questionar se uma interpretação constitucionalmente fundada, que leve em conta o princípio da presunção de inocência, permitiria, por exemplo, que houvesse prisão preventiva

¹⁹ Da presunção de inocência decorrem duas regras importantes: uma regra de tratamento e uma regra probatória (GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. Limites constitucionais da investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de inocência. *In: Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 252). De acordo com a primeira, tanto o investigado como o acusado ou até mesmo o condenado (sem sentença com trânsito em julgado) devem receber o tratamento de inocente, de modo que não poderão ser submetidos a situações que indiquem juízo de culpabilidade. A segunda regra, por sua vez, determina que o ônus de provar o alegado cabe à acusação. Como disposto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, “a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento de culpabilidade do imputado” (*idem, ibidem*).

Nesse sentido, a potencial incompatibilidade da prisão preventiva com o princípio da presunção de inocência acentua-se na medida em que o indivíduo preso por medida cautelar termina assumindo, no dia a dia do sistema persecutório, um ônus da prova que não lhe foi atribuído pela ordem jurídica. Passa a vigorar no processo uma espécie de presunção informal de culpabilidade, pois, se o investigado ou o acusado não produzirem provas contundentes que se contraponham ao exposto na decisão que decretou a prisão preventiva, ficarão submetidos à constrição cautelar por tempo indeterminado. A prática supera a determinação normativa de que a prisão preventiva só deve ser mantida se os fatos que justificaram sua decretação persistirem, o que dificilmente deixará de ocorrer, apesar da expressa previsão do art. 316, parágrafo único, do CPP. Daí a importância de se reforçar o princípio da presunção de inocência e a excepcionalidade motivada da prisão preventiva.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 555.

²¹ *Idem, ibidem*.





AGASSIZ ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

por mera conveniência da instrução criminal. Ainda que o legislador tenha mencionado expressamente a palavra “conveniência” no art. 312 do CPP, trata-se, na verdade, de concreta, grave e contemporânea necessidade da instrução criminal. A mera conveniência como critério legitimador da segregação preventiva poderia resultar numa flagrante violação das garantias constitucionais, permitindo, sem real necessidade da instrução, que a prisão preventiva pudesse ser utilizada como prisão-pena, em um claro dinamismo processual inquisitivo, onde a condenação acontece sem julgamento²². Nessa linha, a excepcionalidade motivada da prisão preventiva também é decorrência do princípio da presunção de inocência, que – escreve Hassemer – deve se impor sempre ou não se impor nunca.²³

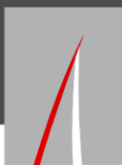
6. Natureza jurídica da prisão preventiva

A prisão preventiva é uma medida cautelar de caráter pessoal e excepcional, que recai sobre o direito de ir e vir daquele que é alvo da persecução penal, seja ele suspeito, indiciado, acusado, ou, em alguns casos, condenado por sentença sem trânsito em julgado. As medidas cautelares têm sua origem no processo civil e foram transportadas para o âmbito penal com o fim de minimizar eventuais dificuldades jurídicas decorrentes do tempo necessário para a prolação da sentença, sujeitando-se, naturalmente, às particularidades e garantias da persecução criminal. Isto significa, em linhas gerais, que a natureza cautelar da prisão preventiva deve ser compreendida através da ideia de que o direito à liberdade por ela relativizado constitui um pressuposto necessário para o exercício de outros direitos fundamentais. Quer dizer, só é possível decretar a prisão preventiva com base nos fundamentos previstos pelo art. 312 do CPP e na inaplicabilidade das medidas cautelares diferentes da prisão elencadas no art. 319 do mesmo diploma processual. Além disso, a tutela do bem jurídico protegido pela prisão preventiva sempre deve levar em conta o impacto jurídico que terá sobre o exercício dos direitos fundamentais do imputado.

²² Aury Lopes Júnior (**Direito Processual Penal**. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 785) destaca que o preço a se pagar com a prisão de um inocente (sem sentença transitada em julgado) é muito alto, principalmente no “medieval sistema carcerário brasileiro”.

²³ HASSEMER, Winfried. **Crítica al Derecho Penal de hoy**: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Buenos Aires: Ad-hoc, 2003, p. 118.





AGASSIZ ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

Hélio Tornaghi tratava expressamente do *periculum in mora* como fundamento das medidas assecuratórias/cautelares no processo penal²⁴. Porém, em razão da natureza essencialmente cautelar dessas medidas, é inadmissível falar-se em antecipação de tutela em virtude do perigo da demora²⁵. Por isso, não se pode compreender a prisão preventiva como uma antecipação da pena motivada por eventual risco de inaplicabilidade da lei penal ou por quaisquer outros fundamentos. Este seria um exemplo da antiga visão instrumentalista, que insiste na transposição automática dos institutos do processo civil ao âmbito penal e é alheia ao fenômeno da constitucionalização do processo penal. A prisão preventiva visa garantir a ordem pública, a ordem econômica, a instrução processual ou a aplicação da lei penal. Contudo, a legitimidade para a sua decretação depende da densificação de direitos e garantias fundamentais que reforçam a ideia segundo qual a prisão preventiva não é consequência jurídica do delito, mas uma medida puramente cautelar²⁶, um instrumento/meio, portanto, para que o processo siga a sua marcha no Estado Democrático de Direito.

7. Motivadores secundários (e aparentes) da prisão preventiva

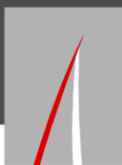
As hipóteses de cabimento da prisão preventiva estão delineadas no art. 312 do CPP. Sua ausência ou a possibilidade de substituição pelas medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP impedem a decretação da preventiva, conferindo densidade normativa, assim, à proteção da liberdade individual, à dignidade da pessoa humana e à presunção de inocência. Os motivadores secundários são aqueles elementos que não estão expressamente previstos em lei, que muitas vezes são confundidos com as hipóteses de cabimento da prisão preventiva e que podem influenciar direta ou indiretamente a formação do juízo de valor do magistrado sobre o tema. É o que acontece, por exemplo, quando a periculosidade do agente ou a gravidade do crime se convertem em justificativas para garantir a ordem pública ou assegurar o bom andamento da instrução criminal. Essa substituição é vedada pelo art. 312 do CPP, pois a excepcionalidade absoluta

²⁴ TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. V, 1959, p. 113.

²⁵ BOTTINI, Pierpaolo. Medidas Cautelares. Projeto de Lei 111/2008. *In: As Reformas no Processo Penal. As Novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 456.

²⁶ Cf. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Reflexiones sobre la prisión preventiva. **Anales de Derecho**, Murcia: Universidad de Murcia, vol. 34, nº 01, 2016, p. 20.





da prisão preventiva proíbe que haja qualquer tipo de interpretação extensiva em relação às hipóteses para o seu cabimento.

7.1. Periculosidade do agente

A periculosidade do agente vem sendo amplamente utilizada como critério de aplicação da prisão preventiva, respaldando, sem fundamentação adequada, decisões potencialmente arbitrárias e incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Os conceitos de indivíduo perigoso e de periculosidade como elementos autorizadores da segregação penal surgem com o positivismo criminológico no século XIX²⁷. A Escola Positiva trouxe contribuições importantes para o Direito Penal, sobressaindo-se, dentre elas, o advento das medidas de segurança, inicialmente aplicadas como uma forma de tratamento do delinquente que depois resultou na separação entre imputáveis e inimputáveis²⁸. Esse ponto de vista não foi de todo superado pela política criminal²⁹ e pelo dia a dia forense, pois a periculosidade, que, antes de 1984, era utilizada como fundamento da imputabilidade pessoal e responsabilidade penal também dos infratores (imputáveis) considerados perigosos³⁰, comumente aparece como forma de legitimar a retirada cautelar do indivíduo (inadaptado?) do convívio social. Trata-se de uma distorção teórica e normativa que oferece respaldo a um processo penal inquisitorial.

A periculosidade do investigado ou acusado é compreendida, já entendia Ferri, “independentemente do perigo objetivo”³¹. O autor italiano cita como exemplo dessa tendência contrária à ordem constitucional de 88 a existência da periculosidade do agente mesmo nos casos de tentativa impossível pelos meios empregados para a prática do crime.³² Trata-se de um descabido retorno ao conceito de periculosidade como critério de contenção preventiva, não exatamente relacionado com o fato delituoso,

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 17-19.

²⁸ “A medida de segurança, de caráter meramente preventivo e assistencial, ficará reservada aos inimputáveis. Isso, em resumo, significa: culpabilidade – pena; periculosidade – medida de segurança” (Exposição de motivos da Lei nº 7.209 de 1984, que altera a parte geral do Código Penal).

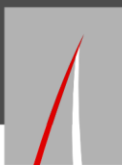
²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, **Criminologia**, *op. cit.*, p. 18.

³⁰ SODRÉ, Moniz. **As três escolas penais**: clássica, antropológica e crítica. Estudo comparado. 6ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, pp. 226-228.

³¹ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**: o criminoso e o crime. Campinas: Bookseller, 1996, p. 271.

³² *Idem, ibidem.*





AGASSIZ ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

mas com a possibilidade hipotética de reiteração criminosa³³. A utilização da periculosidade como fundamento da prisão preventiva constitui claro abuso de poder, podendo, inclusive, restabelecer na prática forense o conceito de periculosidade pré-delitual.³⁴ Essa tendência fortalece os modelos de intervenção penal (“Direito Penal preventivo”³⁵) que fragilizam o Estado Democrático de Direito, entre os quais se pode situar aquele que Díez Ripollés denomina de modelo penal da segurança cidadã³⁶. Esse modelo tem na sensação de insegurança social um dos seus fundamentos, “que se projeta em uma escassa confiança na capacidade dos poderes públicos para afrontar o problema”³⁷ criminal.

A presunção de periculosidade do agente como critério de aplicação da prisão preventiva é resultado dessa concepção de Direito Penal de emergência que converte o acusado em inimigo e subverte seus direitos fundamentais. Essa forma de pensar o Direito Penal, presente no campo processual através da banalização da prisão preventiva, guarda proximidade com a teoria política de Carl Schmitt e a sua divisão da sociedade em amigos e inimigos, que respaldou o nazismo e é incompatível com o Estado Democrático de Direito. A ideia de relativizar direitos e garantias fundamentais em nome da persecução penal e da periculosidade do imputado é contrária à ordem constitucional de 88 e à própria ideia de constitucionalismo, que “se baseia numa limitação/racionalização do poder político direcionada no sentido da emancipação do indivíduo (proteção dos direitos fundamentais)”³⁸. Também é importante ressaltar que a periculosidade não está prevista no art. 312 do CPP como fundamento ou hipótese de ca-

³³ Cf. as notas 18 e 44.

³⁴ Sobre o conceito de periculosidade pré-delitual, cf. Moniz Sodré (**As três escolas penais**, *op. cit.*, pp. 229-232), que afirma o seguinte: “Ainda que a previsão certa do crime fosse possível, não deveríamos empregar preventivamente medidas coercitivas contra os prováveis delinquentes. Porque seria a instituição do arbítrio em matéria de julgamento, suprimindo a liberdade pessoal dos indivíduos pelo critério vago e falível das presunções” (*idem, ibidem*, p. 231).

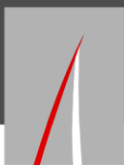
³⁵ Cf. CRUZ, Danielle da Rocha. Proteção dos direitos fundamentais e Direito Penal: os crimes contra a intimidade como delitos de perigo abstrato. *In: Estado de Direito e direitos fundamentais – homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 206.

³⁶ DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Montevideo: B de F, 2007, p. 69.

³⁷ *Idem, ibidem*, p. 75. Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni (**O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, pp. 13 e 14) adverte que até mesmo alguns teóricos caíram “na negação do fenômeno do endurecimento das legislações penais sancionadas por causa ou a pretexto de situações de emergência, até um ponto que impedia qualquer mecanismo de fuga.”³⁷

³⁸ Agassiz Almeida Filho. **Formação e estrutura do Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 50.





AGASSIZ ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

bimento para a decretação da preventiva. E não se deve confundir a periculosidade do agente com o *periculum libertatis*.

A periculosidade que justifica a aplicação das medidas de segurança se relaciona com as características pessoais do agente, sobretudo a capacidade de compreender o caráter ilícito da conduta e suas consequências. Diferentemente, o *periculum libertatis* que aparece expressamente como requisito da prisão preventiva após o advento da Lei nº 13.964/19 não está conectado com a atividade delitiva nem dela depende. Esse requisito específico da prisão preventiva ganha forma quando a liberdade do imputado der origem a fatos novos ou contemporâneos que afetem gravemente a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. Sendo assim, a periculosidade não pode ser compreendida como necessidade de garantia da ordem pública. Seguindo a linha expansionista do sistema punitivo³⁹, é possível afirmar que um conceito amplo e indeterminado como “garantia da ordem pública” foi inserido na legislação como forma de legitimar a ideia de máxima intervenção penal, devendo ser interpretado, por isso, de forma restritiva.

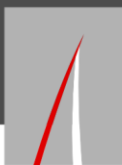
7.2. Gravidade do delito

A gravidade do crime vem sendo utilizada como fundamento da prisão preventiva com base na perspectiva de que o próprio delito ou a sua hipotética reiteração constituem uma violação da ordem pública. Por vezes, ocorre uma presunção acerca da necessidade de aplicação da preventiva que tem origem em uma conduta delituosa de considerável gravidade. A mesma prática delitiva que justificaria a aplicação da pena estaria promovendo uma sensação de insegurança social suficiente para indicar a necessidade de segregação cautelar como forma de evitar a reiteração criminosa e garantir a ordem pública. Esse ponto de vista fere as dimensões teórica e normativa do instituto, uma vez que as hipóteses de cabimento da prisão preventiva não se relacionam com o crime em si mesmo, mas com as situações expressamente delineadas pelo art. 312 do CPP. A gravidade do fato, de forma isolada, não tem o condão de legitimar a privação cautelar da liberdade.

Para Nucci, a garantia da ordem pública, assim como a garantia da ordem econômica (entendida por este autor como espécie do gênero anterior) são passíveis de auto-

³⁹ Sobre o fenômeno de expansão do Direito Penal e os modernos modelos de intervenção punitiva, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho Penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª ed., Madrid: Civitas, 2001, pp. 149 e ss.





AGASSIZ ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

rizar a prisão preventiva sempre que haja a observância do “trinômio gravidade do delito + repercussão social + periculosidade do agente”⁴⁰, o que tem sentido apenas na hipótese de a repercussão social afetar a ordem pública em razão de grave instabilidade. Por sua vez, Tourinho Filho destaca os riscos de a garantia da ordem pública ser hipótese de cabimento da prisão preventiva em virtude da sua indeterminação e fluidez. Para este autor, situações verdadeiramente absurdas poderiam autorizar a invocação desse fundamento, como a prática dos delitos definidos no Título IX do Código Penal, intitulado “Dos crimes contra a paz pública”⁴¹. Tourinho Filho argumenta, ainda, que a prática dos crimes ali definidos, por si só, poderia ensejar uma suposta perturbação da ordem pública⁴², constituindo, todavia, uma ilegítima presunção em matéria de prisão cautelar. O conceito de ordem pública deve ser interpretado da forma mais restrita possível por conta da máxima efetividade do direito fundamental à liberdade.

Távora e Alencar entendem que “a gravidade da infração ou a repercussão do crime não são fundamentos idôneos à decretação prisional”⁴³. Para estes autores, o *periculum libertatis* é fundamental nesta análise, de modo que a liberdade do imputado colocaria a ordem pública em perigo na hipótese de haver elementos concretos acerca dos fatos previstos em lei (art. 312 do CPP) e da possibilidade efetiva de reiteração criminosa⁴⁴. Trata-se, *in casu*, de uma inevitável conexão entre a possibilidade de reiteração criminosa e a ocorrência de algum dos fundamentos da prisão preventiva. Caso contrário, afirmam eles, “estaríamos antecipando a pena, em verdadeira execução provisória, ferindo de morte a presunção de inocência”⁴⁵ e subvertendo a natureza cautelar

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 607.

⁴¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 627.

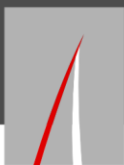
⁴² *Idem, ibidem*.

⁴³ TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9ª ed., Salvador: JusPodivm, 2014, p. 734.

⁴⁴ *Idem, ibidem*. O risco de reiteração criminosa ou até a prática efetiva de uma conduta típica só justificam a decretação da prisão preventiva se existirem fatos novos ou contemporâneos à decretação que coloquem em xeque a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal através da fuga. Tomemos como exemplo o caso de uma pessoa que foi condenada pela prática de estelionato em primeira instância, ajuizou apelação criminal e emitiu um cheque sem provisão de fundos no valor de R\$ 10.000,00 em uma grande loja de departamentos. Houve reiteração criminosa. Porém, a conduta não se encaixa em quaisquer das hipóteses de cabimento do art. 312 do CPP, razão pela qual a prisão preventiva do agente não pode ser decretada. Se a simples prática de um delito fosse justificativa para a segregação preventiva sem a verificação dos fundamentos do art. 312 do CPP, o resultado seria a aplicação da medida como regra e não como exceção.

⁴⁵ *Idem, ibidem*.





da segregação preventiva. Nesse sentido, afirmamos que “a gravidade da conduta típica ou o seu caráter trágico por si só são irrelevantes como requisitos para a decretação da prisão preventiva. Não fosse assim, o caráter absolutamente excepcional do instituto deixaria de ter sentido e a prisão preventiva passaria a ser a regra, uma vez que a maior parte das condutas típicas é grave e atinge bens jurídicos das vítimas e da sociedade em geral. A decisão que vier a decretar a preventiva [também em relação aos crimes graves] precisa analisar por que a liberdade do agente apresenta um risco concreto à garantia da ordem pública”⁴⁶.

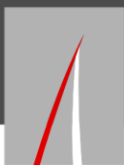
8. Contemporaneidade do delito como pressuposto lógico da prisão preventiva

A contemporaneidade dos fatos que justificam a prisão preventiva em sentido amplo foi prevista expressamente pelo art. 312, § 2º, do CPP, com as alterações da Lei nº 13.964/19, embora fosse decorrência lógica da própria ideia de prisão preventiva como medida cautelar voltada para a garantia da ordem pública, a preservação da ordem econômica, a necessidade da instrução criminal ou a aplicação da lei penal. Nesse sentido, a decisão que determinar a prisão preventiva deve apresentar motivação específica, baseada na existência concreta de fatos novos ou contemporâneos em relação à data da sua decretação. Fatos pretéritos, por mais graves que sejam, não justificam a imposição da preventiva porque são incompatíveis com a ocorrência efetiva dos seus fundamentos. Se os fatos/fundamentos que dão origem à possibilidade jurídica de imposição da preventiva não existirem, se não forem novos ou contemporâneos, não há como se falar, por exemplo, em quebra da ordem pública ou em necessidade da instrução criminal.

A conexão da prisão preventiva com a contemporaneidade é decorrência da sua natureza cautelar. Figurando como exceção à presunção de inocência e ao direito à liberdade, a preventiva encontra justificativa em fundamentos que independem da culpabilidade do agente. A contemporaneidade é um pressuposto lógico e normativo desses fundamentos, pois sua ausência torna irrelevante a decretação da medida por elementar falta de necessidade processual. A garantia da ordem pública ou a necessidade da instrução criminal, *v. g.*, só se impõem como fundamentos ou hipóteses de cabimento se estiverem sendo violadas no momento da decretação. Afinal de contas, é importante repetir, essa medida cautelar de *ultima ratio* não se relaciona com a culpabilidade

⁴⁶ ALMEIDA FILHO, Agassiz e CRUZ, Danielle da Rocha, **Excepcionalidade da prisão preventiva no Estado Democrático de Direito**, *op. cit.*, pp. 327 e 328.





do imputado. Sua razão de ser é a proteção de bens jurídicos específicos, ameaçados ou atingidos por um comportamento ilícito do imputado que não possui relação direta com a conduta objeto do processo ou da investigação.

9. Aplicação da lei penal como fundamento da prisão preventiva

A prisão preventiva pode se fundamentar em quaisquer das hipóteses de cabimento previstas no art. 312 do CPP, já que o texto legal apresenta essas hipóteses de forma alternativa. Desse modo, a garantia da aplicação da lei penal pode aparecer como fundamento único para a decretação da segregação cautelar. No entanto, é importante ressaltar que todas as hipóteses de cabimento devem ser respaldadas pelo *fumus comissi delicti* e pelo *periculum libertatis*⁴⁷, requisitos cuja ocorrência precisa ser compreendida de acordo com o caráter absolutamente excepcional da prisão preventiva. Também no caso da garantia da aplicação da lei penal a mensagem normativa do art. 312 do CPP precisa ser interpretada de forma restritiva, visto que se trata de um enunciado que limita o exercício do direito fundamental à liberdade e a presunção de inocência. O emprego indiscriminado da prisão preventiva é uma das principais manifestações da persecução penal inquisitiva e da sua desarmonia com o Estado Democrático de Direito.

O perigo que o imputado pode gerar para a aplicação da lei penal em termos de decretação da segregação cautelar é o risco de fuga⁴⁸. Desse modo, estaria justificada a necessidade da prisão preventiva quando o indivíduo, através de um comportamento claramente definido, indicasse o intuito de se esquivar de uma eventual sentença condenatória, inviabilizando, com isso, a aplicação da lei penal. Sendo assim, a prisão estaria justificada desde que imposta para “impedir o desaparecimento do autor da infração que pretende se subtrair aos efeitos da eventual condenação”⁴⁹. Aury Lopes reforça a

⁴⁷ Para Aury Lopes (**Direito Processual Penal**, *op. cit.*, p. 839), “qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência do *periculum libertatis* (...). O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida”. Denilson Feitosa (**Direito Processual Penal**. 6ª ed., Niterói: Ímpetus, 2009, p. 859) afirma que “há perigo para a eficácia da lei penal, quando um acusado esteja pretendendo fugir do país”.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, *op. cit.*, p. 608; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 9ª. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 812; TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues, **Curso de Direito Processual Penal**, *op. cit.*, p. 735.

⁴⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini, *ibidem*, p. 812.





AGASSIZ ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

ideia de que essa prisão “é aquela que procura “evitar que o imputado fuja, tornando inócua a sentença penal por impossibilidade de aplicação da pena cominada”⁵⁰. Por isso, a acusação de cometimento do delito descrito no art. 1º da Lei nº 9.613/98 não constitui fundamento para uma decretação da preventiva baseada na aplicação da lei penal. O próprio art. 4º da Lei nº 9.613/98 faculta ao magistrado a utilização de medidas assecuratórias para bloquear bens, direitos ou valores do imputado ou de interpostas pessoas.⁵¹

Diante do seu caráter excepcional, é importante sublinhar que a imposição da prisão preventiva deve estar fundamentada no receio de um concreto e atual risco de fuga do indivíduo e não em mera presunção⁵². É necessário que o comportamento do imputado demonstre uma real intenção de impedir a execução da pena que poderia advir em face da sentença condenatória. Sendo assim, não encontra amparo legal a prisão preventiva daquele que se mantém à disposição da justiça, respondendo às intimações, comparecendo ao juízo sempre que invocado, indicando mudança de endereço etc. Esse tipo de comportamento é juridicamente incompatível com a intenção de fuga do infrator, de modo a impedir ou a criar riscos efetivos para a aplicação da lei penal. Finalmente, a decretação da prisão preventiva para assegurar o cumprimento da lei penal só se impõe se não houver outra medida cautelar – retenção de passaporte ou monitoramento eletrônico, por exemplo – capaz de minimizar o risco de evasão do imputado.

10. Respostas

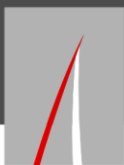
A elaboração do parecer partiu da unidade do ordenamento jurídico com o fim de estabelecer a necessária conexão entre a prisão preventiva e o sistema de direitos e

⁵⁰ LOPES JR. Aury, **Direito Processual Penal**, *op. cit.*, p. 838.

⁵¹ Na hipótese de não existirem bens, direitos ou valores em nome do imputado ou de interpostas pessoas, é inviável decidir em favor de medidas assecuratórias ou decretar a prisão preventiva com o fim de resguardá-los. Neste último caso, no que se refere à conduta tipificada no art. 1º da Lei nº 9.613/98, não haveria a prova da materialidade reclamada pelo art. 312 do CPP, nem indícios de autoria e de *periculum libertatis*. Por outro lado, se esses bens, direitos e valores existirem e tiverem origem ilícita, o magistrado deve necessariamente aplicar as medidas assecuratórias previstas pelos arts. 4º e 4º-A da Lei nº 9.613/98, o que exclui, de forma peremptória, qualquer possibilidade de decretação da prisão preventiva sob o fundamento de procurar bens ocultados pelo imputado. Tal proibição encontra razão de ser no princípio da máxima efetividade do direito à liberdade, na excepcionalidade da prisão preventiva, no princípio da proporcionalidade e no devido processo legal.

⁵² LOPES JR. Aury, **Direito Processual Penal**, *op. cit.*, p. 838.





AGASSIZ ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

garantias fundamentais que está na base do processo penal brasileiro. Seu fio condutor foi a mensagem normativa dos arts. 282, § 6º, 312, *caput* e §2º, e 319 do CPP, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/19, interpretada a partir do princípio do Estado Democrático de Direito, do princípio da proporcionalidade e do princípio do devido processo legal. Além da excepcionalidade absoluta da prisão preventiva, a análise do caso deixou claro que ela só pode ser decretada na impossibilidade de se aplicar as demais medidas cautelares, o que precisa ser feito através de fundamentação específica, ponto a ponto, devendo a decisão demonstrar a existência de prova do crime, indícios de autoria e de perigo gerado pela liberdade do imputado, além da ocorrência de fatos novos ou contemporâneos à decretação da preventiva que possam se identificar com algum dos fundamentos previstos pelo art. 312 do CPP. Com fulcro nesses elementos, foram respondidas as perguntas formuladas pelo Consulente.

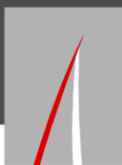
Pergunta A: Qual o efeito da projeção normativa do princípio do Estado Democrático de Direito sobre a prisão preventiva? Esse enunciado principiológico interfere no caráter excepcional da prisão preventiva e no dever de fundamentação judicial específica quanto a ela? Por quê?

Resposta: O princípio do Estado Democrático de Direito determina que todas as dimensões do poder estatal estejam submetidas a uma ordem jurídica na qual a Constituição goza de supremacia normativa, o que assegura a prevalência dos direitos e garantias fundamentais que incidem sobre o processo penal. De acordo com os postulados do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal, a prisão preventiva é absolutamente excepcional, podendo ser decretada apenas quando suas hipóteses de cabimento forem claras e as medidas cautelares previstas pelo art. 319 do CPP não puderem ser aplicadas, o que deve ser objeto de fundamentação específica, segundo exigência do art. 93, inc. IX, da CF. O dever de fundamentação específica é decorrência do princípio do Estado Democrático de Direito e do art. 282, § 6º, do CPP, porque através de uma fundamentação adequada é possível entender se as bases da decretação da preventiva estão ou não em harmonia com o ordenamento jurídico.

Pergunta B: Se houver a indicação de fundamentos concretos aptos a justificar a prisão preventiva, é possível deixar de aplicar as medidas cautelares alternativas à prisão? Por quê?

Resposta: Não. A aplicação das medidas cautelares previstas pelo art. 319 do CPP não constituem faculdade do juiz. Se essas medidas cautelares forem suficientes para alcançar os objetivos do art. 312 do CPP, a prisão preventiva não pode ser decretada. Cabe ao magistrado demonstrar detalhadamente os motivos





AGASSIZ ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

pelos quais tais medidas cautelares são insuficientes para o caso de cada imputado individualmente considerado.

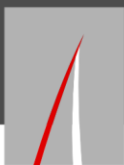
Pergunta C: Qual a relação entre a excepcionalidade da prisão preventiva e os princípios da proporcionalidade, do devido processo legal e da presunção de inocência?

Resposta: A incidência desses três princípios constitucionais no processo penal conduz à excepcionalidade da prisão preventiva e à necessidade de fundamentação específica para a sua decretação. O postulado do devido processo legal exige que a legislação processual seja aplicada em harmonia com os direitos e garantias fundamentais. O princípio da proporcionalidade, por sua vez, determina que haja um equilíbrio juridicamente mediado entre o suporte fático que dá origem à decisão e os meios judiciais utilizados para alcançar os resultados almejados pelo art. 312 do CPP. A presunção da inocência, finalmente, reforça que a prisão antes de uma condenação penal com trânsito em julgado não pode ser uma regra no processo penal brasileiro. As três matrizes principiológicas reforçam a excepcionalidade da prisão preventiva e a obrigatoriedade da fundamentação específica.

Pergunta D: Qual a importância da materialidade delitiva para fins de decretação da prisão preventiva? Um suporte probatório baseado exclusivamente na declaração unilateral de colaboradores premiados é suficiente para configurar a prova da existência do crime mencionada pelo art. 312 do CPP? Por quê?

Resposta: Não pode haver decretação de prisão preventiva sem que haja provas concretas acerca da existência do crime e indícios de autoria e de *periculum libertatis*. A probabilidade da ocorrência do crime presente no *fumus commissi delicti* na verdade exige materialidade efetiva. A ideia de probabilidade do delito aplicada à existência da prova para a decretação da preventiva se justifica como artifício dogmático para evitar exigência de uma dilação probatória definitiva na via estreita das prisões cautelares. Por sua vez, de acordo com o art. 3º-A da Lei nº 12.850/13 e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a declaração de colaboradores premiados não constitui prova, mas instrumento de produção probatória, e precisa ser confirmada por elementos probatórios que indiquem a prática da atividade criminosa. É necessário que as delações tenham produzido provas e não meros indícios probatórios para que os fundamentos que justificam a decretação de prisão preventiva ganhem forma. Sem materialidade não há autoria. A probabilidade do delito e as provas necessárias para a decretação da prisão preventiva claramente não se manifestam no caso do Consulente.





AGASSIZ ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

Pergunta E: O que significam a contemporaneidade do delito e a periculosidade do imputado para fins de decretação de prisão preventiva? O argumento de que os crimes investigados “dificilmente são descobertos no decorrer do exercício do cargo público” justifica a decretação da prisão preventiva de um ex-governador? Por quê?

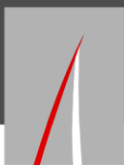
Resposta: A decretação da prisão preventiva deve ser contemporânea aos atos praticados pelo imputado que venham a afetar gravemente a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. Se essa contemporaneidade não existir, a decretação da prisão preventiva torna-se juridicamente impossível por não se basear nas hipóteses de cabimento previstas pelo art. 312 do CPP. Seria uma prisão sem previsão legal, o que a converteria em um ilegítimo ato de violência estatal. A dificuldade para se dilucidar um crime num dado momento, por quaisquer circunstâncias que sejam, não pode justificar a decretação da prisão preventiva como medida *a posteriori*, capaz de superar antigas omissões dos órgãos de persecução penal. Em qualquer hipótese, a preventiva depende das exigências do art. 312 do CPP, da insuficiência das demais medidas cautelares do art. 319 do CPP, além de uma fundamentação que torne clara a incidência do primeiro dispositivo e a não aplicabilidade do segundo.

A periculosidade do agente é irrelevante para fins de decretação da prisão preventiva. O *periculum libertatis*, diferentemente, é um dos seus requisitos expressos. Trata-se do perigo que a liberdade do imputado pode ocasionar para os bens jurídicos que justificam as hipóteses de cabimento previstas no art. 312 do CPP. O *periculum libertatis* não se verifica no caso que deu origem ao presente parecer.

Pergunta F: O fato de pessoas ligadas a um ex-governador que é investigado, indiciado ou acusado pela prática de crimes de colarinho branco estarem em liberdade ou ocuparem cargos públicos de qualquer natureza é motivo suficiente para a decretação de prisão preventiva para fins de garantia da ordem pública? Por quê?

Resposta: Não. No caso da garantia da ordem pública, a decretação da prisão preventiva só possui razão de ser se for o único meio necessário para protegê-la. Se estiver incólume a ordem pública, apesar da ligação do imputado com quem quer que seja, sua proteção através da prisão preventiva ou de qualquer outra medida torna-se jurídica e logicamente desprovida de sentido. Para que fosse legítima a prisão preventiva, neste caso, deveria haver prova concreta de violação da ordem pública decorrente denexo de causalidade entre o imputado e a suposta afronta ao art. 312 do CPP pelas demais pessoas apontadas na decisão que decretou a preventiva.





AGASSIZ / ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

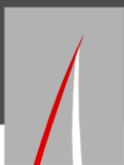
Pergunta G: O prestígio de um imputado, decorrente do fato de este ter ocupado o cargo de governador de Estado ou de ter correligionários em uma administração pública estadual com a qual ele rompeu publicamente, é suficiente para embasar um decreto de prisão preventiva com o fim de assegurar a conveniência da instrução criminal? Por quê?

Resposta: Não. Nenhum imputado pode ter sua liberdade restringida pela prisão preventiva apenas por características pessoais, profissionais ou sociais. Qualquer presunção acerca da conexão dessas características com as hipóteses de cabimento do art. 312 do CPP contraria a ordem constitucional e a própria razão de ser do instituto. A prisão preventiva não é para poderosos ou para hipossuficientes. Sua aplicação absolutamente excepcional só pode alcançar aqueles que afrontarem concretamente o art. 312 do CPP, criando fatos que não podem ser superados pelas demais medidas cautelares previstas pelo art. 319 do mesmo diploma legal. Trata-se da excepcionalidade absoluta motivada da prisão preventiva.

Pergunta H: Como se configura a necessidade de garantia do cumprimento da lei penal para fins de decretação da prisão preventiva? Ela busca garantir todos os aspectos e previsões normativas do sistema penal ou se restringe ao risco de fuga? Essa hipótese de cabimento se manifesta no caso em questão, no qual o Consulente estava em viagem no exterior e antecipou seu retorno ao Brasil para atender a uma determinação judicial? Por quê?

Resposta: Não. Qualquer tentativa de ampliar a necessidade de garantia da aplicação da lei penal como hipótese de cabimento da prisão preventiva enfrentaria dois obstáculos. Se a garantia da aplicação da lei penal for compreendida como necessidade de proteger toda as manifestações normativas do Direito Penal, a prisão preventiva seria completamente banalizada, quebrando a excepcionalidade absoluta e o princípio da presunção de inocência. Não se pode decretar a prisão preventiva, assim, sob o argumento de que o sequestro de bens, direitos ou valores do imputado ou de terceiros é necessário para garantir a aplicação da lei penal. A garantia da aplicação da lei penal, que se consubstancia, *grosso modo*, com a ausência razoável do risco de fuga, não se manifesta no caso que deu origem a este parecer porque o suporte fático em torno de um imputado que regressou de viagem ao exterior para se submeter a uma prisão preventiva não indica perigo de fuga ou falta de compromisso com a busca da verdade no processo.





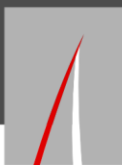
AGASSIZ ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

Pergunta I: O Tribunal de Justiça da Paraíba é competente para decretar a prisão preventiva do Consulente? Por quê?

Resposta: Não. Uma vez que a própria decisão que decretou a prisão preventiva assevera que os supostos crimes apontados na decisão foram utilizados com a finalidade de financiar campanhas eleitorais, a competência para o julgamento desses delitos, ainda quando haja crimes comuns com eles conexos, é da Justiça Eleitoral.

Pergunta J: Na hipótese de decretação de prisão preventiva na qual seja determinada a privação da liberdade de dezessete pessoas, é necessário que haja individualização das condutas que vieram a justificar a preventiva quanto à materialidade delitiva, aos indícios de autoria, ao *periculum libertatis* e às hipóteses de cabimento? Em caso de resposta positiva, o direito à igualdade determina que eventuais pedidos de *habeas corpus* sejam decididos da mesma forma em relação a todas as pessoas alcançadas pelo pedido de prisão preventiva? Por quê?

Resposta: Sim. A individualização das condutas ligadas às hipóteses de cabimento da prisão preventiva é um elemento indispensável para sua decretação em qualquer caso. Afinal, o objetivo dessa medida cautelar é impedir que o imputado atinja gravemente a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (risco de fuga). Havendo mais de um imputado na investigação ou processo, não há qualquer inobservância do direito à igualdade no fato de existirem decisões diferentes entre si nas hipóteses de concessão ou denegação de ordens de *habeas corpus* para relaxamento de prisão preventiva. No caso de ordens de *habeas corpus* concedidas em razão de decreto de prisão preventiva, o que precisa prevalecer é a ideia material de igualdade, de acordo com a qual os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente, na medida das suas desigualdades (art. 5º, *caput*, da CF). Afinal de contas, a individualização das condutas pode determinar que alguns imputados incidam nas hipóteses de cabimento da prisão preventiva e que as medidas cautelares do art. 319 do CPP são insuficientes para alcançar os objetivos da lei no seu caso. Ao mesmo tempo, a análise dos elementos fáticos pode determinar o contrário. A uniformidade na concessão de ordens distintas de *habeas corpus* só tem sentido quando houver também uniformidade no modo de ferir o art. 312 do CPP e na insuficiência da aplicação das medidas do art. 319 a cada imputado e às suas circunstâncias persecutórias. Não há uniformidade nas condutas dos vários imputados pela decisão que decretou a preventiva do Consulente.



AGASSIZ ALMEIDA FILHO
ADVOCACIA CONSULTIVA

Pergunta K: Há razões jurídicas que permitam a prisão preventiva do Consulente? Por quê?

Resposta: Não. Nenhuma das hipóteses de cabimento do art. 312 do CPP se faz presente na decisão que determinou a decretação da prisão preventiva do Consulente. A decisão não apresenta fundamentação específica, não demonstra a existência de *periculum libertatis* nem se baseia em provas capazes de configurar a materialidade delitiva. Portanto, como decorrência lógica, não existem indícios de autoria. Riscos presumidos, suposições ou mesmo receios que não estejam baseados em fatos concretos, novos ou contemporâneos, e que passem por uma minuciosa individualização são insuficientes para justificar a decretação de uma prisão preventiva. A decisão, finalmente, é nula por ausência de fundamentação.

É o nosso parecer.

Agassiz Almeida Filho⁵³

Danielle da Rocha Cruz⁵⁴

⁵³ Autor e coautor de mais de vinte títulos na área do Direito Constitucional, pesquisador convidado do Centre d'Études et de Recherches de Science Administrative (Université Panthéon-Assas Paris II [2010]), professor de Direito Constitucional da UEPB e integrante do "Comité de los referentes de los proyectos internacionales" do Centro di studi sull'America Latina – Università degli studi di Bologna.

⁵⁴ Investigadora no Centre de Théorie et Analyse du Droit (Université de Paris Ouest – Nanterre La Défense), conferencista no Brasil e no exterior e autora de livros e artigos sobre criminalidade informática, direitos fundamentais e administrativização do Direito Penal. Atualmente é professora de Direito Processual Penal da Universidade Federal da Paraíba – UFPB.

