

# **A PRISÃO PREVENTIVA E AS (NEM TÃO) NOVAS CONTROVÉRSIAS NA LEI Nº 13.964/2019**

## *PREVENTIVE DETENTION AND THE (NOT SO) NEW CONTROVERSIES IN LAW Nº 13.964/2019*

Augusto Jobim do Amaral<sup>1</sup>  
Felipe Lazzari da Silveira<sup>2</sup>

### **RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo analisar as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 em especial no âmbito da prisão preventiva, relacionando aspectos teóricos e práticos do cotidiano de baixa intensidade democrática brasileira. Assim, desde uma base crítica, expressa-se um estado da arte fruto das expectativas geradas pela reforma, interrogando-se sobre os (nem tão) novos regimes de práticas autoritárias no contexto processual penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prisão Preventiva. Processo Penal. Lei Anticrime. Autoritarismo.

### **ABSTRACT**

This article aims to analyze the changes promoted by Law nº. 13.964/2019, especially in the scope of preventive detention, relating theoretical and practical aspects of low-intensity daily life democracy in Brazil. Thus, from a critical basis, a state-of-the-art is expressed as a result of the expectations generated by the reform, questioning the (not so) new regimes of authoritarian practices in the criminal procedure context.

**KEYWORDS:** Preventive detention. Criminal procedure. Anti-crime Law. Authoritarianism.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Os limites dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva. 3 O que resta do tecnicismo-fascista em nossas práticas processuais penais? 4 Sobre a Lei nº 13.964/2019: Uma abordagem crítica à prisão preventiva. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

## **1 INTRODUÇÃO**

Com base nos dados publicados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo Departamento Penitenciário Nacional, constata-se que, desde 2019, o Brasil mantém mais de 750 mil pessoas segregadas em seu aparelho prisional superlotado

1 Professor dos Programas de Pós-Graduação em Ciências Criminais e em Filosofia da PUCRS.

2 Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS); Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia do Curso de Direito do IPA – Metodista; Advogado criminalista.

e insalubre. Esse *quantum* torna-se ainda mais inquietante ao recordarmos que, na década de 1990, o número de presos no país atingia a marca de 90 mil<sup>3</sup>.

Nesse universo nefasto, o dado que mais interessa ao presente trabalho é o de que, na última década, a quantidade de presos provisórios variou entre 32% e 41,1%. Se comparado aos índices de outros países e problematizado sob o prisma constitucional democrático – que tem o princípio da presunção de inocência como um de seus corolários –, resta evidente que esse número é demasiadamente elevado.

A problemática que envolve os elevados índices de presos provisórios no Brasil é bastante complexa, tendo em vista que é originada por fatores inerentes à estrutura do processo penal brasileiro e também pela cultura que predomina no campo<sup>4</sup>. Sinteticamente, é possível afirmar que os arbítrios na seara da prisão preventiva são ensejados principalmente pelo regramento da medida e pela cultura jurídico-penal que determina o modo como grande parte dos juízes compreendem o processo penal e suas funções.

Não obstante as alterações promovidas pela nova lei, não se deve olvidar que a orientação que predomina na esfera jurídico-penal, ao menos desde a década de 1940, é a do tecnicismo-jurídico que, a bem da verdade, nada mais fez do que amalgamar a tradição jurídico-penal liberal e o positivismo criminológico para relegitimar os velhos paradigmas inquisitórios, com o objetivo de recrudescer o sistema de justiça penal italiano a pedido do regime fascista<sup>5</sup>. Não se deve perder de vista que esta é a base principiológica e estrutural na qual se apoia o Código de Processo Penal Brasileiro de 1941<sup>6</sup>.

Na medida em que a redemocratização foi desacompanhada de uma ruptura com essa cultura, descrita em muitos trabalhos simplesmente como “mentalidade inquisitória”, o processo e seus institutos seguiram sendo pensados e manejados sob um prisma imanentemente autoritário, o que inviabilizou qualquer tipo de

3 Cf. Dados sobre o sistema prisional brasileiro disponíveis nos *sites* do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (<https://www.cnj.jus.br/>) e no Infopen do Departamento Penitenciário Nacional – Depen (<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>).

4 Cf. AMARAL, A. J do. O Dispositivo Inquisitivo: entre a ostentação penal e a estética política do processo penal. Tese de doutorado em Ciências Criminais. Porto Alegre: PUCRS, 2014.

5 Cf. SILVEIRA, Felipe Lazzari da. Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Escola de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2019.

6 Cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal. Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

modificação do cenário. A prisão preventiva é *locus* privilegiado para se verificar tal dinâmica. Mesmo com suas regras alteradas pela edição da Lei 12.403/2011, que pretendia consignar certo potencial acusatório ao colocá-la definitivamente na condição de *ultima ratio* do sistema de medidas cautelares como forma de reduzir os índices de encarceramento, o incremento da medida persistiu, sendo manejada de maneira a não modificar a ampliação da rede de controle penal que modernamente tem como eixo a prisão<sup>7</sup>.

Dito isso, partindo da hipótese de que a manutenção da velha estrutura processual penal e a ampliação dos espaços legais que, por natureza, mostram-se profícuos às práticas autoritárias, o presente artigo, mediante uma revisão bibliográfica e documental, tem como objetivo analisar as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 no âmbito da prisão preventiva, relacionando-as com os aspectos teóricos e práticos do instituto na democracia, bem como problematizar algumas das expectativas geradas pela reforma, considerando a presença do legado autoritário – estrutural e cultural – presente no campo processual penal, esforço que será proposto nos três tópicos a seguir.

## **2 OS LIMITES DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA**

Como bem ponderou Catena, por consistir na privação total do direito fundamental de ir e vir antes de uma sentença condenatória definitiva, a prisão cautelar é a mais grave intervenção que o Estado pode impor sobre a liberdade de um cidadão. Considerando a gravidade dos reflexos provocados pela medida, o jurista sustentou que a prisão de um inocente poderia ocorrer somente em casos de extrema necessidade, ou melhor dizendo, quando não houvesse outros meios menos radicais capazes de assegurar o deslinde do feito criminal e a prolação da sentença. E, mesmo nesses casos, a medida jamais deveria estender-se por tempo demasiado ou servir como antecipação da pena<sup>8</sup>.

Partindo da perspectiva garantista – que não deixa de creditar ao sistema penal potencialidades retributivas e ressocializadoras – a utilização da prisão

7 Cf. ROSA, A. M. da; AMARAL, A. J. do. *Cultura da Punição: A ostentação do horror*. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2017. p. 13-49.

8 CATENA, Víctor Moreno. *La libertad provisional, la prisión provisional y otras medidas*. Lección. 17. In: SENDRA, Gimeno Vicente; CATENA Víctor Moreno. DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés (Org.). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 2ª Ed. Madrid: Editorial Colex, 2003. p. 290-291.

preventiva, ainda assim, como medida excepcionalíssima, poderia ser entendida como sinal de respeito aos direitos fundamentais. Assim, a constrição preventiva da liberdade justifica-se, somente, nos casos em que haja a demonstração dos riscos de que o acusado interfira ilicitamente na persecução (ameaçando testemunhas, subornando agentes, destruindo provas etc.) ou haja perigo de fuga. Nessa direção, é possível inferir que, por sua natureza cautelar, a prisão preventiva jamais deve ser decretada para perseguir objetivos do direito penal material, ou seja, para fins de prevenção geral ou especial<sup>9</sup>.

No plano teórico-doutrinário, os aspectos cautelares da prisão preventiva emergem como uma salvaguarda ao seu uso indevido ou banalizado. Na prática, todavia, revelam-se insuficientes para conter os abusos, muito por força da estrutura processual vigente, da cultura jurídica predominante e, também, das possibilidades de distorções viabilizadas pela retórica jurídica. Pela teoria das cautelares penais, a prisão preventiva não tem um fim em si mesma e, por isso, destina-se a assegurar a instrução e a conclusão do processo, e nunca pode ser decretada em desconexão com dever de proteção dos direitos e garantias do imputado. Reside aí a necessidade de demonstrar os motivos ensejadores do interesse processual na prisão do acusado<sup>10</sup>.

É imperioso destacar que a excepcionalidade da prisão preventiva é uma condição vinculada ao princípio da presunção de inocência<sup>11</sup>, consagrado nas constituições de todos os países democráticos, inclusive na brasileira. Nesse sentido, o antagonismo que marca o campo é complexo, uma vez que, ao mesmo tempo em que o princípio da inocência, por sua literalidade, impõe que o indivíduo envolvido na persecução penal seja tratado como inocente, a prisão preventiva, inevitavelmente, sempre recairá sobre um inocente, *status* que, inclusive, poderá ser confirmado ao final do processo por uma sentença absolutória<sup>12</sup>.

No entanto, a própria teoria constitucional democrática relativiza os direitos fundamentais apontando que, com pouquíssimas exceções (p. ex. direito de não ser torturado, direito de não ser submetido a trabalho escravo), eles não são absolutos.

9 HASSEMER, Winfried. Crítica al Derecho Penal de hoy. Buenos Aires: AdHoc, 2003, p. 118-119.

10 FENOLL, Jordi Nieva. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. Madrid: Edisofer, 2012, p. 12-59.

11 MÉNDEZ, Francisco Ramos. El proceso penal. Sexta lectura constitucional. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2000, p. 191.

12 MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 427.

Sob esse ângulo, alguns direitos fundamentais básicos, como a presunção de inocência, que seguidamente conflitam com outros, poderiam ser relativizados em casos concretos. Em síntese, o indivíduo, em determinadas circunstâncias, teria de suportar perdas e a sacrifícios em prol do bem comum, que seria a finalidade precípua do Estado. Vale ressaltar que essa mesma teoria reconhece que os direitos fundamentais não devem ser limitados além do estritamente necessário, de modo exagerado, e que o cerceamento pode ser admitido somente quando respeitar os ditames constitucionais e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade<sup>13</sup>. Na prática, contudo, a ressonância dessas concepções acabam viabilizando retóricas argumentativas que autorizam o uso da prisão preventiva para fins estranhos aos da cautelaridade, deslocando-a da condição de *ultima ratio* que a legitima na democracia.

Assim sendo, não se deve descurar das funções latentes da prisão preventiva. Até mesmo Ferrajoli, ícone do garantismo penal (orientação que, assim como a tradição jurídica liberal, por sua crença ainda no sistema penal, sempre acaba afeita à permeabilidade dos autoritarismos neste campo), esgrimiou que essa modalidade de prisão equipara-se a uma pena processual que, na realidade, demonstra ter caráter preventivo e retributivo, haja vista que, primeiro, castiga o imputado com encarceramento para que, depois, seja ele processado. Em sua crítica, o professor italiano chegou a ironizar que, fosse verdade que a prisão preventiva não possui caráter punitivo, os Estados deveriam, ao menos, providenciar que os presos provisórios cumprissem a medida separados dos presos definitivos e em estabelecimentos adequados, e não em locais idênticos ou ainda piores, conforme se observa<sup>14</sup>. A realidade brasileira é exemplar nesse sentido, já que as autoridades permitem que presos provisórios e condenados sejam encarcerados, sem distinção, nos mesmos estabelecimentos prisionais.

No que tange ao ordenamento jurídico-penal brasileiro, a partir de 2011 a prisão preventiva restou condicionada à presença de algumas condições, como a prática de crime doloso, a cominação de prisão máxima superior a quatro anos, descabimento da liberdade provisória e a insuficiência das medidas cautelares

13Cf. BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 8.ed. Brasília: Editora UnB, 1996; BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2007.

14FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. 2. ed. Madrid. Trotta, 1997, p. 776-777.

menos gravosas. A decretação da medida também seguiu dependendo da presença do pressuposto do *fumus commissi delicti*, ou seja, da existência de indícios de autoria suficientes, e do fundamento do *periculum libertatis*, representado pelo perigo que a liberdade do acusado representaria ao processo, que tem como requisitos a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a garantia da aplicação da lei penal<sup>15</sup>. Destaca-se que, com o advento da Lei nº 12.403/11, a exigência da demonstração de indícios suficientes de autoria foi reforçada, pois tornou obrigatória a demonstração da ocorrência de um fato com forte aparência de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, e também das razões objetivas que evidenciem a alta probabilidade em relação à autoria, o que não pode significar, em hipótese alguma, a antecipação do juízo de mérito<sup>16</sup>. Sobre o perigo representado pela liberdade do acusado, em virtude do postulado da proporcionalidade e da excepcionalidade da prisão preventiva, tornaram-se indispensáveis a demonstração concreta de sua ocorrência e também a impossibilidade de aplicação de medidas cautelares mais brandas para evitá-la<sup>17</sup>.

Entretanto, mesmo com a reforma de 2011 e com a introdução da audiência de custódia em 2015<sup>18</sup>, o quadro não se alterou. A prisão preventiva permaneceu sendo utilizada de modo banalizado e, em muitos casos, inclusive como meio de pressão sobre os acusados, visando à realização de acordos de colaboração premiada. Inegavelmente, a prisão preventiva, cujo regramento manteve espaços férteis ao autoritarismo, não deixou de reproduzir a cultura processual tecnicista-fascista predominante e também os clamores por segurança e por vingança difusos, restando marginalizada a ideia de respeito aos direitos e garantias individuais.

Diante dessas considerações, é possível inferir que os freios impostos pela teoria das cautelares traduzida na lei são insuficientes para evitar o mau uso da prisão preventiva, e que as deturpações propiciadas pela estrutura legislativa e pela cultura processual autoritária existente (fatores que são negligenciados por grande parte da doutrina e dos tribunais), também derivam de uma conjuntura mais ampla e complexa que envolve e extrapola o campo jurídico, isto é, diz respeito ao avanço

15Cf. artigos 282, § 6º e 315 da Lei nº 12.403/11.

16Cf. GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

17Cf. LOPES JR, Aury. Prisões Cautelares. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

18Cf. Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

das práticas neoliberais que vem destruindo a democracia<sup>19</sup>, inclusive com o apoio de grande parte da sociedade<sup>20</sup>. Nesse cenário, a prisão preventiva, assim como o próprio sistema de justiça criminal, torna-se cada vez mais um dispositivo expiatório e de governo das camadas mais vulneráveis da população.

### **3 O QUE RESTA DO TECNICISMO-FASCISTA EM NOSSAS PRÁTICAS PROCESSUAIS?**

Para salvaguardar o rigor científico do trabalho – e por questão de honestidade acadêmica – convém ressaltar que este sucinto escrito não desconsidera o fato de que o processo penal é um dispositivo de essência autoritária, tendo em vista que a submissão de um cidadão acusado da prática de um ilícito ao conjunto de atos que caracterizam o processo (mesmo que supostamente direcionado à tutela da inocência) é sempre uma cristalização da relação de poder hierárquica e vertical que não concede margem para que outras dinâmicas possam frutificar<sup>21</sup>. A prisão preventiva, por sua vez, não será local imune ao autoritarismo que permeia o processo penal. Com efeito, qualquer estudo que subestime essa condição corre sérios riscos de ter seus aspectos críticos atenuados. Parece-nos que, ignorar o fato de que em nenhum período histórico o processo e seus mecanismos se despiram do arbítrio, equivaleria a negar os motivos que justificaram as lutas pelo estabelecimento de limites à jurisdição penal travadas ao longo dos últimos séculos.

No caso brasileiro, todavia, verifica-se que o autoritarismo materializado no desrespeito aos direitos e garantias processuais apresenta-se de forma bastante radicalizada, seletiva e requintada. Os dados mencionados na introdução, sobre a quantidade de presos provisórios, evidenciam o desapareço de grande parte do Judiciário pelos princípios democráticos. Em que pese os esforços da tradição

19Cf. CASARA, Rubens R. R. Estado pós-democrático: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

20Cf. MOUNK, Yasha. O povo contra a democracia: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução de [Débora Landsberg](#) e [Cássio de Arantes Leite](#). São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

21Nesse sentido, Paliero sustentou que o autoritarismo é um elemento coexistencial do direito penal e do processo penal, que consiste em uma espécie de característica “genética” impossível de ser modificada, tendo em vista que esses dispositivos possuem natureza coercitiva de direito público. PALIERO, Carlo Enrico. Legitimazione democratica versus fondamento autoritário: due paradigmi di diritto penale. In: STILE, Alfonso Maria (Org.). Democrazia e autoritarismo nel diritto penale. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 161-162-163.

jurídica liberal (que nunca foi infensa ao autoritarismo e, por isso, pôde ser amalgamada pelos preceitos do positivismo pelos tecnicistas), é preciso destacar que o cerceamento dos direitos e garantias dos acusados pelo sistema de justiça criminal brasileiro não se opera de modo excepcional, proporcional ou razoável, conforme designa a Constituição de 1988, mas como regra, principalmente quando os acusados integram as camadas vulnerabilizadas da população<sup>22</sup>.

A performance do instituto da prisão preventiva é emblemática nesse sentido. Diante da manutenção de uma cultura jurídico-penal autoritária que preconiza um sistema processual “misto”, em realidade inquisitório<sup>23</sup>, não se poderia esperar que a existência da Constituição democrática, por si só, promovesse a sua democratização. Mesmo após a dita redemocratização, a estrutura do processo penal brasileiro seguiu sendo aquela mesma desenvolvida pelos juristas do fascismo arremedada pelo CPPB de 1941. A principiologia e as ideias que serviram para a legislação de base tecnicista-fascista mantiveram-se intactas: concepção de que o processo penal é um instrumento repressivo; que tal rito deve ser célere e que o juiz precisa ser ativo na busca da verdade; que a defesa deve ser limitada em alguns momentos processuais; que as garantias, os recursos e impugnações são dispositivos supérfluos que servem apenas para retardar a realização da justiça e gerar impunidade; enfim, que a única presunção que deve recair sobre o imputado é a de culpa também prosseguiu predominando.

Não são raras as afirmações no sentido de que o autoritarismo no processo penal brasileiro é fruto da presença das categorias, institutos e dispositivos copiados do *Codice Rocco*. Tais assertivas não são incorretas. Porém, pensar que a herança da processualística desenvolvida pelos artífices do tecnicismo a serviço do fascismo se restringe ao conteúdo absorvido pelo texto da legislação processual penal elaborada pelo Estado Novo é incorrer em reducionismo. É verdade que o CPPB de 22Cf. CASTILHO, Ela Wiecko V. de. O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001; WACQUANT, Loic. As prisões da miséria. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001; CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Criminologia crítica e a crítica do direito penal econômico. In: ANDRADE, Vera Pereira de Andrade (org.). Verso e Reverso do Controle Penal – (Des)Aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Volume I. Florianópolis: Boiteux, 2002; BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação da pena. São Paulo: IBCCRIM, 2007; PASTANA, Debora Regina. Justiça Penal no Brasil contemporâneo. Discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: UNESP, 2009; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema penal máximo x cidadania mínima: Códigos da violência na era da globalização. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. 23MIRANDA COUTINHO, Jacinto Néilson de. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leandro Costa de; (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Escritos do Prof. Jacinto Néilson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 205.



1941, conforme diagnosticou Miranda Coutinho, é uma “cópia mal feita” do código escrito por Manzini, jurista que reorganizou o processo penal italiano sobre a estrutura inquisitória preexistente (inspirada no Código Napoleônico matriz do sistema misto)<sup>24</sup> de acordo com os interesses do regime fascista italiano. A despeito disso, a influência da racionalidade processual penal tecnicista-fascista, sedimentada na distorção de paradigmas jurídicos liberais e da utilização de discursos técnicos e cientificistas de origem positivista e consequente reatualização de velhos paradigmas inquisitórios, superou os aspectos morfológicos do diploma legal<sup>25</sup>, dado que definiu o modo como nossos doutrinadores, legisladores, magistrados, promotores e advogados compreendem o processo e sua instrumentalidade<sup>26</sup>.

É importante ter em vista ainda que, do mesmo modo como ocorreu com o processo penal italiano em 1931, o modelo processual preconizado pelo CPPB 1941 também correspondeu aos ideais do regime político autoritário vigente naquele período. Não há como negar que, mesmo não tendo sido um regime de pretensão totalitária<sup>27</sup>, a Ditadura do Estado Novo inspirou-se em valores semelhantes aos que nortearam o fascismo italiano, conforme pode ser claramente constatado no campo processual penal. Nota-se que a admiração que Francisco Campos, Ministro da Justiça de Getúlio Vargas, mantinha pela processualística penal fascista e pelo *Codice Rocco* coadunava com o seu pensamento político, alicerçado na necessidade de se instaurar um Estado forte e autoritário, bastante alinhado ao modelo de Estado de Mussolini<sup>28</sup>.

24 MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 124-125.

25 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O garantismo inquisitório brasileiro: Continuidades do discurso autoritário no pensamento processual penal. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil. Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. Vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 232-238.

26 FARACO, A. C. P. C. O processo penal brasileiro e a consciência inquisitória. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil. Anais do Congresso Internacional “Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”. Vol. 1. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 163.

27 CANCELI, Elizabeth. O mundo da violência. A polícia na era Vargas. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. p. 77.

28 BUENO, Roberto. Francisco Campos e o conservadorismo autoritário. Edições do Senado Federal, v. 252. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019. p. 171-180.

Todavia, no que concerne ao recorte do presente escrito, pode-se arriscar dizer que, depois da inquisição, foram os juristas do fascismo que fizeram o mais radical ataque à presunção de inocência ao elaborarem uma ardilosa e refinada argumentação para desqualificá-la. Apesar de ter sido maquiada com uma aparência técnica e de neutralidade para angariar legitimidade, a ideia dos tecnicistas de erradicar a presunção de inocência baseava-se na lógica do senso comum (punitivista-vindicativo), presente desde a consolidação do poder punitivo. Tanto Arturo Rocco quanto Manzini compreendiam o princípio da presunção de inocência como equivocado, por conceder primazia aos direitos do acusado e, com isso, organizaram o ordenamento jurídico-penal do fascismo, incluindo as prisões cautelares, de modo a dar primazia à tutela do interesse público. Ambos avaliavam que, para ser eficiente em viabilizar o poder punitivo, o processo penal não deveria conceder espaço aos princípios que limitassem a intervenção estatal ou beneficiassem o imputado<sup>29</sup>. Na visão tecnicista, o próprio juiz, principalmente graças ao poder ilimitado de produzir as provas para a descoberta da verdade, seria a garantia contra qualquer tipo de injustiça. Essa principiologia, inevitavelmente, repercutiu na prisão cautelar.

Mesmo sem abrir mão da “retórica do equilíbrio”<sup>30</sup> que, sem dúvidas, auxiliou a legitimar aquele modelo processual, os tecnicistas defendiam que sequer o acusado absolvido deveria ser considerado inocente, visto que, na maioria das vezes, a absolvição resultava de problemas técnicos, como a ausência de provas suficientes, a prescrição etc., e não da comprovação da inocência. Assim, se o *status* do cidadão absolvido seria o de “não culpado”, seria ilógico beneficiar os réus com a presunção de inocência. Pelo que ensinou Moraes, o desprezo pela presunção de inocência é típico de regimes autoritários, nos quais qualquer

29 BATIA, Di Giovanna; PIZZO, Alessandro. La tutela dell'imputato. Saggio storico - Concettuale. In: Rivista Diritti & Diritti. Direttore Francesco Brugaletta, Disponível em: <<https://www.diritto.it/archivio/1/20757.pdf>>, Último acesso em: 9.out/2018. p. 20-21-22.

30 Gloeckner denomina de “retórica do justo equilíbrio” o discurso que prega a equiparação entre os direitos da acusação (que representa o direito da sociedade de se defender contra o crime) e do acusado (direito de ver suas garantias respeitadas), uma concepção que vem guiando o processo desde o período liberal e que, no caso brasileiro, por ser utilizada para legitimar os velhos paradigmas inquisitórios, contribui sobremaneira para inviabilizar a democratização do campo. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal. Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 333 e ss.. Ademais, cf. sobre o tema: AMARAL, A. J. do. A Pré-ocupação de inocência no processo penal. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Vol. 62, 2013, p. 85-115.

indivíduo que discorde das ideias vigentes é taxado como um inimigo e considerado presumidamente culpado<sup>31</sup>.

Evidente, na Exposição de Motivos do CPPB de 1941, os elogios aos juristas italianos envolvidos na recodificação operada pelo Regime de Mussolini e a estreita aproximação argumentativa e discursiva com a processualística fascista, principalmente no sentido de que o processo deveria ser um instrumento despido do excessivo rigorismo formal que servia apenas para gerar nulidades processuais e de obstruir o exercício do poder punitivo. Portanto, não deveria ser benevolente com os acusados, prevendo um extenso rol de garantias que beneficiava apenas os criminosos e dificultava a ação repressiva estatal<sup>32</sup>. Ignorando completamente a complexidade do fenômeno crime, bem como qualquer tipo de solução adequada para o problema, o Ministro Campos, explicitamente contaminado pelo positivismo criminológico, compreendia o delinquente como um indivíduo rebelde à disciplina jurídico-penal que guarnecia a vida em sociedade e que, por isso, não poderia contar com imunidades além daquelas que garantissem o exercício do poder punitivo, ou seja, a de ser julgado por um juiz (cuja complexidade como ser humano era ignorada) e de não ser condenado sem provas<sup>33</sup>.

Foi graças à influência da processualística tecnicista-fascista que o apreço pelo encarceramento provisório sem maiores formalidades restou consagrado no texto original do CPPB de 1941, tanto no regramento de sua decretação (determinada de ofício inclusive) quanto em outros dispositivos que previam a prisão automática ou a necessidade de recolhimento à prisão como requisito para o conhecimento de recurso de apelação<sup>34</sup>. Desse modo, não tendo sido procedida uma ruptura com o ordenamento processual de 1941 e tampouco com a cultura tecnicista-fascista, a prisão preventiva, mesmo com outros regramentos (que na verdade nunca se afastaram do arquétipo original), seguiu sendo compreendida e utilizada de modo incompatível com o prisma constitucional inaugurado em 1988.

Tais permanências restam ainda firmes, mesmo após a reforma parcial

31 MORAES, Maurício Zanoide. Presunção de inocência no processo penal brasileiro. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 128.

32 Cf. LAVORI PREPARATORI DEL CODICE ROCCO. In: MANGINI, R.; GABRIELI, F. P.; COSENTINO, U. Codice di Procedura Penale. Illustrato con i Lavori Preparatori. Roma: Tipografia Della Camera Dei Deputati, 1930.

33 CAMPOS, Francisco. O Estado Nacional. Sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 121.

34 Cf. artigos 311, 312 e 313 da versão original do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro e 1941.

promovida pela Lei nº 12.403/11, que modificou o regime das cautelares colocando à disposição dos magistrados uma série de medidas que lhes permitiriam assegurar os interesses processuais sem ter que lançar mão primariamente da prisão preventiva.

#### **4 SOBRE A LEI Nº 13.964/2019: UMA ABORDAGEM CRÍTICA À PRISÃO PREVENTIVA**

Considerando o exposto anteriormente, é necessário refletir sobre as perspectivas geradas pela reforma parcial promovida pela Lei nº 13.964/2019 no âmbito da prisão preventiva, notadamente sobre a possibilidade de que as inovações legais nem de longe produzam efeitos na direção da democratização do instituto.

De início, é necessário ponderar que, nos termos em que foi inicialmente apresentado no início de 2019 pelo então Ministro da Justiça e da Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro<sup>35</sup>, o dito “Pacote Anticrime” (como se algum pudesse ser a favor dele), mostrou-se completamente oposto à ideia de promulgar um modelo processual acusatório, minimamente, mais afeito ao regime democrático.

Lamentavelmente, o Projeto não contou com uma exposição de motivos, peça que normalmente acompanha os projetos de lei e que permitiria uma análise mais acurada de sua base principiológica. Contudo, levando em conta que, em seu discurso de posse, Moro asseverou que o objetivo do projeto que apresentaria ao Congresso consistiria em “(...) enfrentar os pontos de estrangulamento da legislação penal e processual penal e que impactam a eficácia do Sistema de Justiça Criminal”, justificando a proposta, sobretudo, no mito da impunidade e na insegurança da população frente aos “níveis epidêmicos” de criminalidade<sup>36</sup>, fica claro que seu substrato teórico-princiológico, basicamente, aprofunda a mesma base que guiou a elaboração do CPPB de 1941. Nota-se que os argumentos securitários explanados por Moro, todos muito adequados à conjuntura neoliberal<sup>37</sup>, diferenciaram-se muito

35 Cf. BRASIL. Projeto de Lei nº 882/2019 (Projeto de Lei Anticrime).

36 Cf. MORO, Sergio Fernando. Discurso de posse do Ministro da Justiça e da Segurança Pública do Brasil. Brasília, DF, 02.01.2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/01/com-desafio-de-combater-a-corrupcao-moro-toma-posse-na-justica>>; Último acesso em 12.jun. 2019.

37 A compatibilidade da racionalidade tecnicista-fascista com o prisma neoliberal resta mais do que evidente nesse trecho do discurso de posse de Sérgio Moro: “Essas elevadas taxas de criminalidade, seja do crime de corrupção, seja do crime organizado, seja do crime violento, prejudicam o ambiente

pouco dos discursos presentes na exposição de motivos do *Codice Rocco*. As concepções de que o processo é um instrumento repressivo, que as formalidades e garantias processuais obstaculizam o exercício do poder punitivo, que o juiz deve ter uma postura ativa na busca da prova, dentre outras cunhadas desde a inquisição, mantidos pelos liberais e, posteriormente, readequados pelo tecnicismo-fascista,<sup>38</sup> estão todos presentes na manifestação de Moro<sup>39</sup>.

Apesar do propósito declarado de aperfeiçoar a legislação processual penal, mesmo com as alterações de cariz acusatória introduzidas pelo Congresso Nacional, a Lei nº 13.964/2019 longe ficou de arranhar a estrutura do processo penal brasileiro. Os legisladores optaram por manter a espinha dorsal de 1941, inspirada no *Codice Rocco*. Mesmo depois de inúmeras reformas parciais, a legislação processual segue permitindo que as duas fases do procedimento sejam presididas pelo mesmo juiz (o juiz das garantias previsto na Nova Lei foi suspenso pelo Supremo Tribunal Federal – STF<sup>40</sup>); que o juiz produza provas de ofício na fase de instrução e depois julgue o caso (reunião de atividades que configura uma das técnicas medulares do processo inquisitorial)<sup>41</sup>; que o juiz atribua definição jurídica diversa ao delito narrado na denúncia, mesmo que, como consequência, tenha de aplicar pena mais grave<sup>42</sup>; que o juiz condene o réu ainda que o Ministério Público (titular da ação penal) postule pela absolvição<sup>43</sup>; e, ainda, reafirma o mesmo sistema de nulidades demasiado “funcional” para cancelar a supressão ou a relativização de garantias, cuja efetivação depende do respeito às formas processuais<sup>44</sup>.

Diante da profusão de elementos autoritários viabilizada pela manutenção da

de negócios e o desenvolvimento. Pior do que isso geram desconfiança e medo, afetando a credibilidade das instituições e, em certo nível, a própria qualidade da democracia e da vida cotidiana.” Cf. MORO, Sergio Fernando. Discurso de posse do Ministro da Justiça e da Segurança Pública do Brasil. Brasília, DF, 02.01.2019. Disponível em:

<<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/01/com-desafio-de-combater-a-corrupcao-moro-toma-posse-na-justica>>; Último acesso em 12.jun. 2019.

38 Cf. LAVORI PREPARATORI DEL CODICE ROCCO. In: MANGINI, R.; GABRIELI, F. P.; COSENTINO, U. Codice di Procedura Penale. Illustrato con i Lavori Preparatori. Roma: Tipografia Della Camera Dei Deputati, 1930.

39 Cf. MORO, Sergio Fernando. Discurso de posse do Ministro da Justiça e da Segurança Pública do Brasil. Brasília, DF, 02.01.2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/01/com-desafio-de-combater-a-corrupcao-moro-toma-posse-na-justica>>; Último acesso em 12.jun. 2019.

40 Cf. Adin 6.298 (STF), que questiona a implementação da figura do juiz de garantias, e que foi oposta pela AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Ajufe - Associação dos Juízes Federais do Brasil.

41 Cf. artigos 156 e 209 do CPPB.

42 Cf. artigos 383 do CPPB.

43 Cf. artigos 385 do CPPB.

44 Cf. artigos 563 e ss. do CPPB.

estrutura processual e das velhas pulsões autoritárias que inspiraram muitos pontos da reforma, não haverá incoerência alguma, incluindo as práticas de deferimento da prisão preventiva, na operatividade futura em completa desarmonia com o prisma democrático e impermeável às novas metodologias hermenêuticas compatíveis com os princípios democráticos e humanitários<sup>45</sup>.

Em consonância com esse raciocínio, deve-se sublinhar que o “Pacote Anticrime” obteve primazia em relação ao Projeto de Lei nº 8045/2010 (projeto de novo Código de Processo Penal), que preconiza um modelo processual mais próximo do acusatório, e que já havia sido aprovado pelo Senado Federal. Ora, se havia a intenção de democratizar o processo, por quê não promulgar o Projeto cujo texto já estava definido e foi suficientemente debatido nas casas legislativas? O fato dos poderes da República terem abdicado de um projeto de código de processo penal que estava pronto para proceder uma reforma complexa às pressas, leva-nos a deduzir que a intenção não foi se deixar permear com um lastro democrático consistente. Nesse sentido, é válido suspeitar que o legado do passado, somado aos gargalos introduzidos ou mantidos pela nova lei, poderão ser decisivos para que os poucos elementos acusatórios incluídos no CPPB possam ser novamente cooptados pelo autoritarismo culturalmente arraigado. Para fins de comparação, foi exatamente o que ocorreu na Itália, onde as reformas processuais parciais, confrontadas com o legado da processualística fascista, retardaram promulgação de um modelo de processo acusatório por mais de quatro décadas<sup>46</sup>.

Indubitavelmente, algumas das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 no âmbito da prisão preventiva merecem destaque por revelarem-se potencialmente úteis para frear o eventual arbítrio. É o caso da nova redação do artigo 282, §6<sup>o</sup><sup>47</sup>, que reforçou o comando anterior que já havia colocado a prisão

45 GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 13.

46 Cf. AMODIO, Ennio. Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea. In: *Criminalia. Annuario di scienza penalistiche*. Pisa: Edizione ETS, 2010; LACCHE, Luigi. «Sistemare il terreno e sgombrare le macerie». *Gli anni della 'costituzione provvisoria': alle origini del discorso sulla riforma della legislazione e del codice di procedura penale (1943-1947)*. In: GARLATI, Loredana (Org.). *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*. Milano: Giuffrè, 2010; CHIODI, Giovanni. *Tornare all'antico»: il codice di procedura penale Rocco tra storia e attualità*. In: GARLATI, Loredana (Org.). *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*. Milano: Giuffrè, 2010; VASSALI, G. *Introduzione*. In: GARLATI, Loredana (Org.). *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*. Milano: Giuffrè, 2010.

47 Artigo 282, § 6º, do CPPB: “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

preventiva definitivamente na condição de *ultima ratio*, isto é, como uma medida que poderia ser manejada somente quando nenhuma das medidas cautelares elencadas no artigo 318 e 319 fossem suficientes para assegurar os interesses processuais postos em risco pela liberdade do imputado. Também, da mesma forma, os artigos 283<sup>48</sup>, 312, §2<sup>o49</sup> e 315<sup>50</sup>, que passaram a determinar um maior rigor nas motivações e fundamentações dos decretos de prisão. É importante frisar que o dever de fundamentação do decreto preventivo é previsto desde o texto original do CPPB de 1941<sup>51</sup>, posteriormente, consagrado no artigo 93, IX, da Constituição de 1988. No entanto, tais disposições sempre se demonstraram insuficientes para evitar a utilização banalizada da prisão cautelar.

Por sua vez, a alteração promovida no artigo 310<sup>52</sup>, que além de aperfeiçoar o regramento do flagrante, tornou obrigatória a realização da audiência de custódia, também foi positiva – ao menos em tese – haja vista o potencial do ato judicial em coibir a homologação de prisões em flagrantes arbitrárias e tentar minimizar a

elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.”

48 Artigo 283 do CPPB: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.”

49 Artigo 312, § 2º do CPPB: “§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.”

50 Artigo 315 do CPPB: “Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. § 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

51 Cf. Texto original do CPPB de 1931, artigo 315: “O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado.”

52 Artigo 310 do CPPB: “Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do [art. 312 deste Código](#), e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. § 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos [incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (...)”

violência policial<sup>53</sup>. As disposições em seus parágrafos 3<sup>54</sup> e 4<sup>55</sup> que, respectivamente, determinam a responsabilização da autoridade que, sem motivação idônea, der causa a não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido, e também a soltura compulsória do preso diante da não ocorrência do ato, também agregam aspectos positivos ao procedimento. Contudo, ao final do parágrafo 4º, o dispositivo autoriza o magistrado a decretar a prisão preventiva após relaxar o flagrante pela ilegalidade. Ora, parece-nos uma grave contradição, pois, se a prisão é ilegal, todo o ato resta comprometido. Sendo assim, tal autorização pode dar margem à edição de decretos preventivos que visam apenas a corrigir prisões ilegais praticadas pela polícia ou por qualquer um do povo, e tornar inócuo o comando constante no trecho inicial da norma.

A vedação do uso da prisão preventiva como meio de antecipação da pena ou como consequência automática da investigação criminal ou do oferecimento da denúncia preconizada no artigo 313, §2<sup>56</sup> deve ser igualmente saudada, pois, pode impedir prisões arbitrárias, cujos decretos possuem apenas uma aparência de motivação e-ou de fundamentação, mas, que, na verdade, são ensejadas pela convicção prévia que alguns juízes têm sobre a culpa, sobretudo nos casos em que a perquirição inicia com a prisão em flagrante. Não menos importante que as referidas inovações, foi a determinação de revisão periódica do decreto preventivo a cada 90 (noventa) dias, incluída no art. 316, parágrafo único<sup>57</sup>, medida que poderá evitar que prisões se estendam por longos períodos. Sobre esse último dispositivo, duas ponderações devem ser feitas. A primeira, diz respeito ao lapso temporal de 90 dias, demasiado elástico, inclusive extrapolando o prazo de 81 dias (oitenta e um) tido como marco pelos tribunais para avaliação da proporcionalidade da prisão preventiva. Com isso, a revisão imposta pelo dispositivo pode acabar legitimando

53 Cf. CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. *Audiência de Custódia e Medidas Cautelares Pessoais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

54 Artigo 310, § 3º, do CPPB: "(...)§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. (...)".

55 Artigo 310, § 4º, do CPPB: "(...)Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva."

56 Artigo 313, § 2º, do CPPB: "(...)Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia."

57 Artigo 316, parágrafo único, do CPPB: "(...) Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal."



prisões provisórias que se estendem por muito tempo. A segunda, é que a revisão de nada adiantará nos casos em que a prisão for decretada com base em fundamentos que não se extinguem com o passar do tempo, a exemplo da garantia da ordem pública e da periculosidade do agente. Se o agente representava riscos à ordem pública ou era considerado perigoso ao tempo da decretação da prisão, dificilmente tais *status* sofrerão alteração no curso do processo, o que tornará a revisão um mero ato burocrático a ser cumprido. É notório que o êxito da determinação de revisão do decreto preventivo depende sobremaneira da democratização da cultura processual penal, posto que, do contrário, tais mecanismos descomprometidos com os princípios democráticos servirá apenas para legitimar prisões arbitrárias.

Certamente, o maior avanço introduzido pela reforma foi a alteração do art. 311<sup>58</sup>, que erradicou a possibilidade de decretação da prisão de ofício, prática que é incompatível com a divisão de tarefas básica de um princípio acusatório. Curiosamente, essa acertada modificação opõe-se à essência da legislação na qual foi inserida que, como referimos antes, segue sendo regida pelo princípio inquisitivo ao permitir que o mesmo juiz atue nas fases de investigação preliminar e de instrução, e que ele ainda possa, nessa última fase, produzir de ofício as provas necessárias à formação de sua convicção, conforme mencionamos no tópico anterior. Isso demonstra que, além de promulgar um código acusatório, faz-se necessário o estabelecimento de uma cultura processual democrática. Só a cultura democrática pode fazer, por exemplo, que o disposto no artigo 311 realmente evite prisões arbitrárias.

É imprescindível observar ainda que, mesmo reformado, o CPPB segue apresentando muitos gargalos que podem viabilizar a utilização arbitrária da prisão preventiva, inclusive um que, pela redação, conforme analisaremos a seguir, parece-nos permitir ainda uma hipótese de decretação da medida de ofício. Ao nosso juízo, o primeiro ponto problemático da reforma que merece atenção é o texto do artigo 310, §2<sup>o</sup><sup>59</sup>, que determina que o juiz não conceda a liberdade provisória quando verificar que o agente é reincidente, integra organização criminosa armada ou

58 Artigo 311 do CPPB: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. “

59 Artigo 310, § 2º, do CPPB: “(...)§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. (...)”

milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito. Por certo que tais condutas são graves, porém, até mesmo pelas decisões que o STF já proferiu sobre o tema<sup>60</sup>, qualquer decreto de prisão preventiva motivado-fundamentado automaticamente na gravidade abstrata do delito ou em questões que dizem respeito ao juízo de mérito, configuraria uma afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência.

No que tange à prisão de ofício, parece-nos que ela não foi completamente arredada pela reforma. Pela nova redação do artigo 316, nos casos em que o acusado desrespeitar as medidas cautelares que lhe foram impostas, ao magistrado restará autorizado a decretar a prisão preventiva sem o prévio requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público. Além de não condicionar a decretação da medida à provocação do magistrado, o novo texto promoveu um retrocesso ao permitir novamente – mesmo que somente nessa hipótese de descumprimento das cautelares mais brandas – a prisão de ofício na fase de inquérito, problema que havia sido corrigido pela Lei 12.403/11.

Evidentemente, o maior índice para o uso equivocado da prisão preventiva segue sendo o artigo 312, eis que, além de manter os problemáticos fundamentos anteriores, presentes desde a versão original promulgada pela ditadura vargas, incorporou o espinhoso fundamento do “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”. A manutenção do fundamento da ordem pública foi uma escolha equivocada, pois, conforme há muito tempo alerta a doutrina mais crítica, configura um requisito maculado pela vagueza semântica e pelo conteúdo indeterminado, que abre espaço para o uso da medida extrema em nome de fins estranhos à sua natureza cautelar, mediante decretos que contam apenas com uma aparência de fundamentação. Nessa linha, em que pese ser largamente admitido pelos tribunais, o requisito se mostra incompatível com o princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais<sup>61</sup>. Assim, a introdução do requisito do perigo gerado pela liberdade do imputado parece-nos um erro crasso, pois aprofunda uma cultura predominante apoiada no velho positivismo criminológico que acabará por viabilizar a prisão de indivíduos já estereotipados como inimigos. Além disso, o requisito

60 Cf. Habeas Corpus nº 132.615 – SP, Supremo Tribunal Federal (STF).

61 Cf. PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da Prisão Provisória – Comentários ao artigo 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In: FERNANDES, Og. Medidas Cautelares no Processo Penal: Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; CHOUKR, Fauzi Hassan. Medidas Cautelares e Prisão Processual: Comentários à Lei 12.403/2011. São Paulo: Forense, 2011; LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. São Paulo: Saraiva, 2013.

incorre no mesmo problema da garantia da ordem pública, próprio de conteúdo indeterminado e que certamente possibilita o uso da prisão preventiva para fins não cautelares.

A tônica que permeou o projeto está bem clara no artigo 492, I. Mesmo que afastada topologicamente do Título das cautelares, ao nosso juízo, a norma consagra o despreço pela presunção de inocência – inclusive, por conflitar com a vedação do uso da prisão cautelar como antecipação da pena preconizada pela própria Lei –, determinando a execução provisória da pena (prisão que, por ocorrer antes do trânsito em julgado, não tem outra natureza senão provisória) nos casos em que o acusado for condenado pelo tribunal do júri a uma pena superior a 15 (quinze) anos de reclusão<sup>62</sup>. Em tempo, é oportuno referir que o artigo 492, I, denota a dinâmica que alimentou a elaboração do “Pacote Anticrime”, a mesma que vem lastreando a demanda pela execução automática da pena após o julgamento em segunda instância, antes mesmo do trânsito em julgado, e que, em um espectro mais amplo, vem obstaculizando a democratização do processo penal.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conclui-se que, diante da manutenção da velha estrutura processual penal e a ampliação dos espaços legais que, por natureza historicamente consolidada, mostram-se férteis às práticas autoritárias, frutos da presença de uma racionalidade tecnicista-fascista que se materializa na compreensão equivocada dos fins do processo penal e, conseqüentemente, do papel do juiz criminal na democracia, nada arriscado afirmar que a tendência hegemônica frente as reais possibilidades da reforma operada pela Lei nº 13.964/19 (já presente na anterior alteração pela Lei nº 12.403/11), não modifica o estado de coisas na esfera da prisão preventiva. As vertentes possíveis a uma mentalidade policialesca, que compreende o sistema de justiça como seguimento do exercício de segurança pública, permanecem abertas quase determinadamente ao uso arbitrário da prisão preventiva. Noutros termos, prisões sem pena que servem à satisfação da vontade de vingança socialmente difusa.

<sup>62</sup> Artigo 492, I, do CPP:

## 6 REFERÊNCIAS

AMARAL, A. J. do. A Pré-ocupação de inocência no processo penal. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Vol. 62, 2013.

AMARAL, A. J. do. *O Dispositivo Inquisitivo: entre a ostentação penal e a estética política do processo penal*. Tese de doutorado em Ciências Criminais. Porto Alegre: PUCRS, 2014.

AMODIO, Ennio. Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea. In: *Criminalia. Annuario di scienza penalistiche*. Pisa: Edizione ETS, 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: Códigos da violência na era da globalização*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação da pena*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.  
BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 8.ed. Brasília: Editora UnB, 1996.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Roberto. *Francisco Campos e o conservadorismo autoritário*. Edições do Senado Federal, v. 252. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019.

CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. *Audiência de Custódia e Medidas Cautelares Pessoais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

CANCELI, Elizabeth. *O mundo da violência*. A polícia na era Vargas. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Criminologia crítica e a crítica do direito penal econômico. In: ANDRADE, Vera Pereira de Andrade (org.). *Verso e Reverso do Controle Penal – (Des)Aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Volume I. Florianópolis: Boiteux, 2002.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CATENA, Victor Moreno. *La libertad provisional, la prisión provisional y otras medidas*. Lección. 17. In: SENDRA, Gimeno Vicente; CATENA Víctor Moreno. DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés (Org.). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 2ª Ed. Madrid: Editorial Colex, 2003.

CHIODI, Giovanni. Tornare all'antico»: il codice di procedura penale Rocco tra storia e attualità. In: GARLATI, Loredana (Org.). *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*. Milano: Giuffrè, 2010.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas Cautelares e Prisão Processual: Comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Forense, 2011.

FARACO, A. C. P. C. O processo penal brasileiro e a consciência inquisitória. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Anais do Congresso Internacional "Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália". Vol. 1. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Edisofer, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed. Madrid. Trotta, 1997.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*. Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O garantismo inquisitório brasileiro: Continuidades do discurso autoritário no pensamento processual penal. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. Vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Buenos Aires: AdHoc, 2003.

LACCHE, Luigi. «Sistemare il terreno e sgombrare le macerie ». Gli anni della 'costituzione provvisoria': alle origini del discorso sulla riforma della legislazione e del codice di procedura penale (1943-1947)". In: GARLATI, Loredana (Org.). *L'inconscio inquisitorio*. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana. Milano: Giuffrè, 2010.

LAVORI PREPARATORI DEL CODICE ROCCO. In: MANGINI, R.; GABRIELI, F. P.; COSENTINO, U. *Codice di Procedura Penale. Illustrato con i Lavori Preparatori*. Roma: Tipografia Della Camera Dei Deputati, 1930.

LOPES JR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

MÉNDEZ, Francisco Ramos. *El proceso penal*. Sexta lectura constitucional. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2000.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Néilson de. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leandro Costa de; (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Escritos do Prof. Jacinto Néilson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORO, Sergio Fernando. *Discurso de posse do Ministro da Justiça e da Segurança Pública do Brasil*. Brasília, DF, 02.01.2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/01/com-desafio-de-combater-a-corrupcao-moro-toma-posse-na-justica>>; Último acesso em 12.jun. 2019.

MOUNK, Yasha. *O povo contra a democracia: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Tradução de Débora Landsberg e Cássio de Arantes Leite São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

PALIERO, Carlo Enrico. Legittimazione democratica versus fondamento autoritário: due paradigmi di diritto penale. In: STILE, Alfonso Maria (Org.). *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011.

PASTANA, Debora Regina. *Justiça Penal no Brasil contemporâneo*. Discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: UNESP, 2009.

PRADO, Geraldo. *Excepcionalidade da Prisão Provisória – Comentários ao artigo 311-318 do CPP, na reda o da Lei 12.403/11*. In: FERNANDES, Og. Medidas Cautelares no Processo Penal: Prisões e suas alternativas. Comentários   Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROSA, A. M. da; AMARAL, A. J. do. *Cultura da Puni o: A ostenta o do horror*. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2017.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro*. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Escola de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2019.

VASSALI, G. Introduzione. In: GARLATI, Loredana (Org.). *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*. Milano: Giuffr , 2010.

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Tradua o de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.