

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**O REQUISITO DA CONTEMPORANEIDADE NA DECRETAÇÃO DE PRISÕES
CAUTELARES: UM ESTUDO JURISPRUDENCIAL SOBRE OS EFEITOS DA
BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES EM MEIO À DEFLAGRAÇÃO DAS
MEGAOPERAÇÕES**

PAOLA BALAN BARROSO

Rio de Janeiro
2021

PAOLA BALAN BARROSO

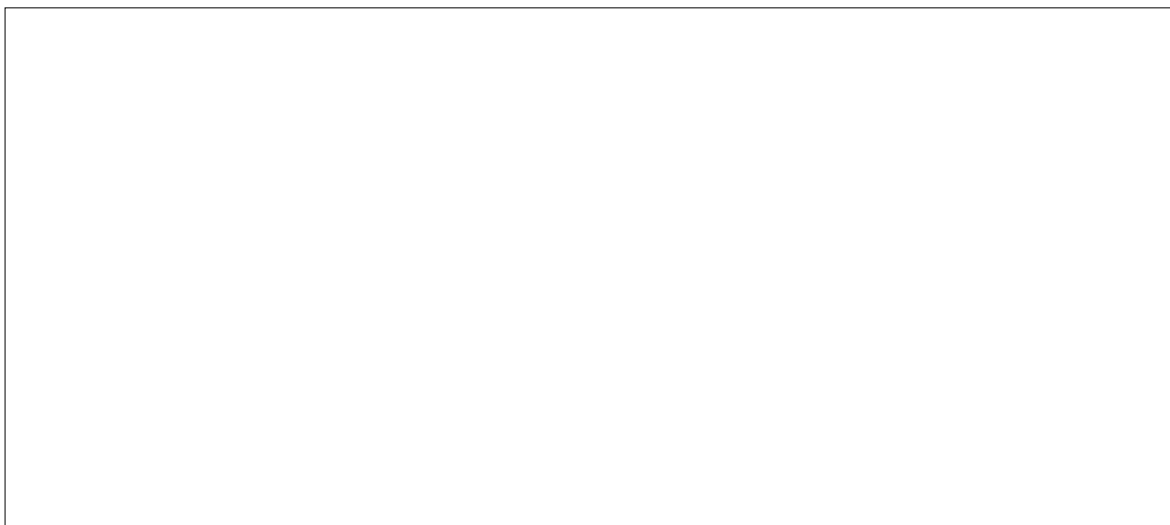
**O REQUISITO DA CONTEMPORANEIDADE NA DECRETAÇÃO DE PRISÕES
CAUTELARES: UM ESTUDO JURISPRUDENCIAL SOBRE OS EFEITOS DA
BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES EM MEIO À DEFLAGRAÇÃO DAS
MEGAOPERAÇÕES**

Monografia elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro.

Rio de Janeiro

2021

CIP – Catalogação na Publicação



Autorizo, apenas para fins acadêmico e científicos, a reprodução total ou parcial desta monografia, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

PAOLA BALAN BARROSO

**O REQUISITO DA CONTEMPORANEIDADE NA DECRETAÇÃO DE PRISÕES
CAUTELARES: UM ESTUDO JURISPRUDENCIAL SOBRE OS EFEITOS DA
BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES EM MEIO À DEFLAGRAÇÃO DAS
MEGAOPERAÇÕES**

Monografia elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro.

Data: ___ de _____ de 2021

Banca Examinadora:

Orientador Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro.

Membro da Banca

Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Andrea e Marlon, e a minha família, que nunca se furtaram em fornecer todos os meios para que eu pudesse trilhar o caminho de minha eleição, não só por terem me dado todas as condições para fazê-lo da melhor forma, mas o apoio reiterado e contínuo de todas as minhas escolhas. Mais que isso, pelos ensinamentos diários sobre os valores que moldam a pessoa, tão essenciais à profissão do advogado.

À minha família fora de casa, Bárbara e Roque. Não poderia dizer que os escolhi, o que não seria verdadeiro, uma vez que esse encontro teve caráter inevitável. Bárbara, amiga irmã que me acompanha e carrega comigo os fardos e as delícias de fazer casa em lugar desconhecido, seguiremos por muito tempo nesse entrelace e sou muito grata por ter dividido com você todas as fases.

Ao quarteto fantástico, por terem alegrado meus dias. Dos mais bonitos momentos que vivi durante essa graduação, não tenho dúvida que vocês testemunharam tudo. Especialmente, agradeço pelo reconhecimento e pela admiração com que sempre me olharam. Essa validação teve impacto sem precedentes na minha vida, Portilho, obrigada por tanto, amigo.

Ao Marcos, meu companheiro de tantos anos, agradeço pela primorosa amizade, cujos frutos se estendem por toda a minha vida. Obrigada por não medir esforços para me mostrar a felicidade em todas as coisas. Obrigada por me apoiar em tudo que quis realizar, sempre, com muito amor.

Ao grande Caio Henriques, por ter me dado o luxo de ser sua amiga e colega de profissão. Compartilhar paixões com você é custoso, mas é divertido demais. Estaremos juntos nesta e nas etapas vindouras, com certeza.

Por fim, agradeço ao universo criminal por criar no Direito uma carreira possível. Às experiências que vivi nos escritórios que trabalhei e aos companheiros de trincheira, aos quais sou extremamente grata.

“Sabia perfeitamente que era assim, acostumara-se a todas as violências, a todas as injustiças. E aos conhecidos que dormiam no tronco e aguentavam cipó de boi oferecia consolações: – “Tenha paciência. Apanhar do governo não é desfeita.””

Graciliano Ramos em seu livro *Vidas Secas*.

RESUMO

O presente trabalho consiste em estudo jurisprudencial, com foco nos Tribunais Superiores e Tribunais Regionais Federais, sobre os julgados proferidos no período compreendido entre 2000 e 2021 acerca da observância do requisito da contemporaneidade para decretação ou manutenção de prisões cautelares. Em especial, objetiva-se analisar os casos de prisão preventiva, devido ao crescimento acentuado de tal medida nas últimas décadas. A relação que se pretende é a de deflagração de megaoperações e a era dos maxiprocessos enquanto vetor do excesso punitivo do Estado, por meio do alastramento do fenômeno da espetacularização do processo penal. Assim, ante contexto histórico de ovação às práticas de punição e de sede de Justiça, pretende-se analisar o reflexo disso no Judiciário, na forma como se decide, bem como na inauguração de novas práticas jurídicas. Como norte da análise, tem-se a teoria processual penal e seus elementos para fixação dos critérios e olhar crítico e garantista face a necessidade de proteção dos preceitos penais constitucionais e dos princípios que são ameaçados pela banalização da constrição do direito de liberdade.

Palavras-chave: Processo Penal Cautelar; Prisão Preventiva; Contemporaneidade; Princípio da Presunção de Inocência; Direito de Liberdade.

ABSTRACT

This paper consists of a study of decisions and case law of different courts of the country, with special attention to the Superior Courts, in order to analyze the change of judgement on recognition of the contemporaneity requirement as mandatory to prison orders. The timespace is cut down from 2000 to 2021, which reflects a period of massive coverage of big and notorious megaprocess, such as Lava Jato, and other maxiprocess, contributing to the sense of mediatic repercussion and construction of a common sense that seek more punishment via the Justice system. Inserted in this scenario, the research aims to identify how it has affected the way the decisions are made, specially in a sensitive matter as imprisonment. The detention restraining order has grown significantly throughout the past decades and so the flexibility of its requirements should be studied, in order to protect the constitutional rights.

Keywords: Penal Law; Imprisonment; Contemporaneity; Due-Process of Law; Freedom Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 – BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO BRASIL DE 2000 A 2021 SOB A ÓTICA DA ESFERA CRIMINAL	13
1.1 A ESPETACULARIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL E SEUS EFEITOS PARA O SISTEMA PENAL	13
1.2 AS MEGAOPERAÇÕES E OS MAXIPROCESSOS: OPINIÃO PÚBLICA E <i>LAWFARE</i> POLÍTICO	15
1.2.1 A Era Lava Jato e seu legado	17
1.1 AS PRISÕES CAUTELARES EM NÚMEROS.....	19
CAPÍTULO 2 – AS PRISÕES CAUTELARES NO DIREITO PROCESSUAL PENAL	21
2.1 NATUREZA JURÍDICA E TIPOS DE PRISÃO CAUTELAR.....	21
2.1.1 A Lei nº. 12.403/2011 e processo penal cautelar	23
2.2 REQUISITOS INDISPENSÁVEIS À DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA....	25
2.3 A CONTEMPORANEIDADE.....	27
CAPÍTULO 3 – PESQUISA JURISPRUDENCIAL	30
3.1 METODOLOGIA EMPREGADA.....	30
3.2 JULGADOS SELECIONADOS E RESULTADOS.....	31
3.2.1 Necessidade de se observar a contemporaneidade	31
3.2.2 Inobservância da contemporaneidade ante à complexidade do caso e multiplicidade de réus	36
3.2.3 Cumprimento do requisito da contemporaneidade pela figuração em associação criminosa: continuidade delitiva e configuração do risco	37
3.2.4 Substituição de prisões cautelares por cautelares alternativas	39

3.2.5 Afastamento da alegação de ausência da contemporaneidade pela gravidade das circunstâncias que revolvem a conduta	40
3.2.6 Manutenção da prisão pela garantia da ordem pública	41
3.3 RESULTADO EM NÚMEROS	42
CAPÍTULO 4 – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA COLETADA E RESULTADO DA PESQUISA	43
4.1 PRIMEIRA FASE: POSIÇÃO GARANTISTA	44
4.1.1 As medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal	48
4.2 SEGUNDA FASE: RECUO PUNITIVO	50
4.2.1 Gravidade da conduta e reprovabilidade social	52
4.2.2 Complexidade do caso e multiplicidade de réus	53
4.2.3 Associação criminosa como verificador de contemporaneidade	54
4.3 TERCEIRA FASE: FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES	56
4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

INTRODUÇÃO

De início, cumpre pontuar que o objeto de estudo deste trabalho é a análise da verificação dos requisitos das prisões cautelares, com destaque a mais popular de tais medidas, a prisão preventiva e, por conseguinte, da indispensabilidade do requisito da contemporaneidade para sua decretação e manutenção. O caráter urgente para a delimitação de medidas cautelares é imprescindível, como já solidifica a larga doutrina acerca do tema.

Para tanto, não há como adentrar no presente sem traçar breve panorama do contexto persecutório dos últimos anos no país. Viu-se, claramente, a explosão da quantidade e magnitude do que se denominou megaoperações, em especial, na década passada. Por óbvio, a de maior notoriedade, que, ao momento da finalização deste trabalho, teve sua descontinuação já anunciada, a Operação Lava Jato.

Após 79 fases, o encerramento de tal operação, exige a análise depurada de seus impactos e efeitos no processo penal brasileiro – o que sabidamente ainda acarretará anos de produção acadêmica. Assim, passar-se-á no primeiro capítulo pela contextualização histórica e principais características do momento persecutório que deu lastro a tais inquisas penais, cuja multiplicidade de réus acompanhava, via de regra, elevado número de prisões cautelares.

Sendo este o tema que se desvela como cerne deste estudo. A análise da popularização das decretações de prisões cautelares dentro de tal período, principalmente da prisão preventiva, terá como ponto de partida a sua natureza processual, por meio de um olhar crítico e garantista dos requisitos previstos no Código de Processo Penal, em seus artigos 312 e seguintes, que se fazem mandatórios para a imposição de medida assecuratória de efeito tão drástico quanto o cerceamento da liberdade, o que se verá no capítulo dois.

Pela leitura das doutrinas penais, restará sedimentada a imperiosidade na verificação de cada um dos critérios que devem embasar uma decisão de homologação de pedido de prisão e sua posterior manutenção, sobretudo, o requisito da contemporaneidade.

Desta feita, cabe apontar a ferramenta de pesquisa eleita como primária para a elaboração deste trabalho investigativo, qual seja, a análise jurisprudencial. O estudo terá como

principal fonte a interpretação de julgados, destacando-se as decisões dos Tribunais Superiores em pedidos de *habeas corpus* com fundamentação acerca da verificação ou não da contemporaneidade das prisões. Assim, o capítulo três trará coletânea de julgados que aportam a tese de flexibilização de requisito necessário à decretação da medida cautelar em comento.

Importante pontuar que o que se buscou com tal pesquisa jurisprudencial foi justamente identificar elementos de mudança do posicionamento das Cortes Penais em relação ao referido princípio. Portanto, a metodologia de depuração de eventual alteração da forma de julgar foi feita pela compilação de julgados no escopo dos anos 2000 a 2021, de modo que a amostra compreende período anterior à explosão do uso da prisão preventiva, o que se identifica como momento prévio à deflagração das grandes operações midiáticas, bem como das decisões proferidas no centro de tais investigações e ações penais.

Inegável parece àqueles que estão atentos às movimentações da seara criminal, o enorme salto do protagonismo dos assuntos penais no cotidiano brasileiro. O fenômeno midiático da Operação Lava Jato foi responsável, em parte, pelo surgimento de forte apelo punitivo advindo da pressão popular. O interesse daqueles outrora alheios aos resultados das tribunas em ver o seu fim, as condenações, deve ser trazido como elemento de reflexão para a interpretação do que levou à alteração de determinadas práticas processuais penais.

Atentando-se ao objeto do que se propõe a analisar, não se pode olvidar que os impactos nas práticas jurídicas oriundos do crescimento destas megaoperações são muitos e – não só – coadunam-se em interesses e motivações. Por óbvio, tem-se desde a presença cada vez mais expressiva do instituto emprestado do direito estadunidense da delação premiada, inclusive sua inserção ao ordenamento jurídico brasileiro na forma do ANPP, acordos inéditos há pouco mais de uma década, que atualmente são a parte majoritária do escopo probatório de qualquer destas operações, até o estreitamento das relações entre o órgão acusatório e os magistrados.

O capítulo quarto traz a fixação de critérios pertinentes a análise do material computado, considerando quais as ferramentas utilizadas para fundamentar tais decisões, bem como, a identificação de eventuais padrões e para posterior aferição dos reflexos disso.

A etapa final do estudo é a análise de farto material jurisprudencial, cujo escopo temporal se divide conforme os nichos argumentativos e sua subjugação à critérios delimitados

com o objetivo de verificar se houve mudança no entendimento dos Tribunais quanto ao requisito indispensável à prisão cautelar.

A conclusão pretende, de tal forma, abarcar o resultado da pesquisa, perpassando, ao fim, ante à verificação da alteração de entendimento sobre o requisito outrora sedimentado, a reflexão teórica da construção do Direito como fim do desejo da sociedade e meio de contenção da mesma, pelo apontamento da indagação: por que se julga de forma distinta e onde ficam as garantias processuais penais frente a esse recurso modificativo?

Cediço de que tal questionamento é motriz para o desejo de realização do presente trabalho. Se a conjuntura do país é de ameaça aos direitos processuais constitucionais, deve-se atentar de maneira redobrada às práticas processuais penais e seus requisitos garantidores do basilar direito de liberdade.

CAPÍTULO 1 – BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO BRASIL DE 2000 A 2021 SOB A ÓTICA DA ESFERA CRIMINAL

1.1 A ESPETACULARIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL E SEUS EFEITOS PARA O SISTEMA PENAL

O crescimento vertiginoso da população carcerária brasileira durante os últimos vinte anos é fato notório e amplamente endereçado na produção acadêmica nacional, bem como noticiado nacional e internacionalmente.

Cabe, portanto, atribuir no presente trabalho possíveis fatores que colaboram para este fenômeno. Assim, deve-se compreender que o que se tem no país é a alavancada das práticas persecutórias em consonância com o que se denomina de fenômeno de encarceramento em massa.

Muito embora não seja possível atribuir o aumento da população carcerária à deflagração de maxiprocessos como a Operação Lava Jato, por óbvio, podendo incorrer em grave erro de dimensão, não há como dissociar o quadro de alta do punitivismo que se vive e os impactos da repercussão midiática de tais megaoperações.

Faz-se necessário compreender que existem, de tal modo, dois grupos de fatores responsáveis pela acentuada guinada no encarceramento, sendo estes o de (i) elementos que efetivamente descortinam a condenação de alguém e (ii) os que fomentam e motivam o grupo anterior.

O primeiro diz respeito às políticas e medidas adotadas pelo Estado frente à situação prisional. Nesse caso, pode-se falar em operações policiais desde Guerra às Drogas, deflagração das megaoperações e implementação de projetos de intervenção policial.

Concerne este grupo a fatores que possuem reflexo jurídico direto: o enfrentamento de uma ação penal; a prisão em flagrante; a submissão a procedimento investigativo, todos estes aptos a resultarem em uma nova decretação de prisão.

Por sua vez, o segundo grupo, é composto pelos fatores que somam indiretamente ao crescimento do Poder Punitivo estatal. Conceitua-se através do efeito produzido pelo processo de espetacularização do processo penal, pela cultura do medo, bem como demais mecanismos de condução dos procedimentos jurídicos que desvelam a noção coletiva de enaltecimento do punitivismo.

A concepção de que o Direito é fruto da vontade social ao mesmo tempo que regula a sociedade deve ser trazido novamente ao cerne do debate.

O discurso em nome do poder punitivo e de fomento ao encarceramento pouco criterioso é oriundo de diversos estímulos. A cobertura midiática dada nos últimos anos aos casos jurídicos possui grande influência nisso, bem como, a pauta da garantia da segurança pública tem permeado todos os espaços, desde o mais institucional, na incorporação e desenho de políticas públicas, até as campanhas partidárias e o cotidiano de parcela expressiva da população brasileira.

Nesse ponto, é necessário fixar que os programas de repressão que foram implementados durante este período e sua aprovação popular são concomitantemente originários e resultantes de um só projeto político que tem se alastrado.

As operações policiais, ao mesmo passo que servem a uma agenda governamental, alimentam a opinião pública e conseqüentemente, o mesmo se propaga e se repete em outras esferas.

Os anos 2000 a 2021 foram marcados por diversos episódios representantes deste ganho de força do punitivismo. A própria guerra as drogas, cuja origem é de 1940, teve nesse período o maior aporte e amparo governamental de toda sua trajetória.

Hoje, no Rio de Janeiro, a título de exemplo, estima-se que há 51.000 (cinquenta e um mil) presos com suposto envolvimento com facções criminosas¹. Testemunha-se período de triunfo do projeto punitivo.

¹ SESTREM, Gabriel. *Como o narcotráfico levou o Rio de Janeiro a uma guerra urbana sem precedentes*. **Gazeta do Povo**, 2021.

O próprio programa de intervenção urbana da Unidade de Polícia Pacificadora (UPP) foi criada e implementada dentro deste quadro que se desenha desde a virada do século.

O que se deve discutir é a presença de tal discurso e sua capacidade de influir nas práticas jurídicas, de as alterar e ver os direitos ameaçados sendo deixados à inobservância em nome do apelo popular.

Sobre a incompatibilidade da cultura do espetáculo e do processo penal, colaciona-se abaixo trecho de Rubens Casara:

Em meio aos vários espetáculos que se acumulam na atual quadra histórica, estão em cartaz os “juízos penais”, em que entram em cena, principalmente, dois valores: a verdade e a liberdade. O fascínio pelo crime, em um jogo de repulsa e identificação, a fé nas penas, apresentadas como remédio para os mais variados problemas sociais (por mais que todas as pesquisas sérias sobre o tema apontem para a ineficácia da “pena” na prevenção de delitos e na ressocialização de criminosos), somados a um certo sadismo (na medida em aplicar uma “pena” é, em apertada síntese, impor um sofrimento) fazem do julgamento penal um objeto privilegiado de entretenimento.

O problema é que o processo penal, instrumento de racionalização do poder penal, para atender à finalidade de entreter, acaba por sofrer uma mutação. No processo penal voltado para o espetáculo não há espaço para garantir direitos fundamentais. O espetáculo, como percebeu Debord, “não deseja chegar a nada que não seja ele mesmo” (DEBORD, p. 17). A dimensão de garantia, inerente ao processo penal no Estado Democrático de Direito (marcado por limites ao exercício do poder), desaparece para ceder lugar à dimensão de entretenimento.

Assim, alarmante se faz o culto destas grandes operações das quais o Brasil foi palco na última década. O protagonismo que as questões de matéria penal passaram a ter revela importante elemento constitutivo do que pode vir a ser o direito processual penal brasileiro.

1.2 AS MEGAOPERAÇÕES E OS MAXIPROCESSOS: OPINIÃO PÚBLICA E *LAWFARE* POLÍTICO

No sentido do exposto, deve-se dedicar ao que se tem como resultado de tais práticas jurídicas. Inauguradas potencialmente pelo primeiro grande caso de notoriedade, o escândalo do Mensalão em 2005², a deflagração de megaoperações tornou-se popular e se consagrou com a Operação Lava Jato, sob a qual se falará em tópico a seguir.

² **POLITIZE**. O que aconteceu no escândalo do Mensalão?. Online, 2018.

Contudo, mais do que notórios, os processos que figuraram como manchete diuturnamente por sucessivos meses trazem vícios de natureza processual. Em determinado ponto, restou evidente que a necessidade de punir e de promover a justiça e bradar a condenação em nome do combate à corrupção sobreveio às garantias processuais penais, constitucionais e o devido processo legal como um todo.

A população consome o desenrolar das investigações penais por entretenimento, como traz a citação acima. Mas mais que isso, o consumo se justifica pois o senso comum anseia pela sensação ilusória de que a punição é de fato o fim da corrupção ou é o que vai trazer segurança às famílias.

Desse modo, há um problema central na relação que se estabelece pelos agentes jurídicos com essa aprovação do punitivismo. O ator jurídico que está inserto no âmbito penal e processual penal não deve e não pode fazer uso da opinião pública como baliza para superar preceitos constitucionais.

Contudo, o que se vê em proporções surpreendentes são variações do personagem do ex-Juiz Sergio Moro, endeusados por uma parcela da sociedade que exercem a atividade jurisdicional em inobservância aos princípios processuais, em uma suposta busca onde os fins justificariam os meios.

Não cabe o discurso utilitarista no processo penal, pois são muitos os riscos envolvidos na flexibilização do principal direito constitucional, o direito de defesa.

Tamanha a extensão da hiper publicização dos feitos criminais que se assiste cotidianamente a interceptações sigilosas, descortinam-se documentos em rede nacional e ainda assim, pouco se fala do processo em si. Somente serve para solidificar uma noção já desenhada de condenação prévia.

Dentro de tal enredo, cumpre endereçar algumas características da Operação Lava Jato.

1.2.1 A Era Lava Jato e seu legado

Deflagrada em março de 2014 para apurar o cometimento dos delitos de lavagem de dinheiro e evasão de divisas de divisas pelo doleiro Alberto Youssef³, após 79 (setenta e nove) – extensas e descontroladas – fases, a Operação Lava Jato teve seu encerramento anunciado em 2021.

Apesar da popularidade, difícil a exposição certa de seus alvos, uma vez que a Operação tomou tantos rumos em suas diversas fases que não havia mais indicativo de fator comum. O fio condutor de todas as denúncias aparentava estar no conceito de “escândalo”, fora isso, os principais crimes apurados foram os de corrupção, lavagem de ativos e evasão de divisas.

Pretende-se por meio dos valores disponibilizados pelo Relatório de Resultado do Ministério Público Federal, estabelecer nitidamente o uso quase que sistêmico das prisões cautelares e a subsequente banalização de sua prática.

Amparando-se no documento referido acima, há de se ressaltar que a própria linguagem empregada na comunicação dos resultados corrobora com a noção apresentada anteriormente de intenção de atender a uma demanda da opinião pública, como se vê das categorias “penas aumentadas ou mantidas”, “média de aumento no tempo das penas” “anos em média de aumento no tempo das penas por condenação”⁴.

Segundo o mesmo Relatório, somente nos processos em trâmite na Seção Judiciária de Curitiba, foram decretadas 132 prisões preventivas e 163 prisões temporárias. O total de prisões durante os quase sete anos de vigência da operação é de 478 prisões provisórias, valor que causa espécie, ainda que se considere o lapso temporal⁵.

Não só se desvela uma prática recorrente e pouco criteriosa, mas não resta dúvida de que o órgão acusatório, imerso na lógica dos maxiprocessos, naturalizou a prática de representar

³ **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**. Caso Lava Jato. Conheça a Linha do Tempo. 2021.

⁴ **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**. Caso Lava Jato. Resultados. 2021.

⁵ *Ibidem*.

pela prisão preventiva. É precisamente essa banalização que interessa ao estudo, a fim de compreender de qual maneira as Cortes Superiores mantiveram essas segregações cautelares.

Cumpra trazer comentário realizado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes sobre o uso das prisões provisórias no bojo da Lava Jato, no qual este afirmou que as medidas estavam sendo usadas como meio de tortura e completou dizendo que o período pelo qual o Brasil passou foi uma era de trevas no processo penal brasileiro.⁶

Evidentemente, são muitos os vícios processuais que podem ser elencados sobre a Operação, cujo impacto originou diferentes práticas jurídicas. Além do já mencionado Sergio Moro que se consagrou para alguns como herói nacional, em relação aos elementos processuais, cumpre destacar a adesão inédita e volumosa ao instituto da delação premiada, a aplicação da regra da prevenção para fixação de competência e até mesmo a promulgação de nova legislação, o Pacote Anti Crime.

Sem a presunção de exaurir os efeitos e consequências da condução processual da Lava Jato, há de se dar relevo ao que se vê em relação aos acordos de colaboração. Em primeiro plano, pois seu uso foi tão massificado que se deslocou em tais feitos o centro da produção de prova.⁷ O lastro probatório nesses feitos, restringia-se quase que inteiramente aos diversos acordos celebrados.

Tal constatação deve ser depurada ao considerar que a decretação de prisão cautelar deve ser medida fundamentada detalhadamente, sobre vastos elementos de prova, o que parece deveras frágil em relação à palavra do colaborador desacompanhada de outras provas.

Além disso, não há como não pontuar a possibilidade de uso intencional das prisões cautelares como mecanismo de incentivo à colaboração premiada. Nesse ponto, traz-se declaração de Aury Lopes Jr., que afirmou que as prisões estariam sendo utilizadas “como um meio de constrangimento situacional para obtenção de confissões ou delações premiadas, que posteriormente serão usadas como provas”.⁸

⁶ CONJUR. “Lava jato” usava prisão provisória como elemento de tortura, diz Gilmar. Online, 2019.

⁷ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. *A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato*, **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. 2020.

⁸ CANÁRIO, Pedro. *Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na “lava jato”*. **Conjur**, 2014.

Coaduna-se ao comentário acima o também surpreendente número de acordos celebrados em meio às fases da Lava Jato, como indica o estudo, foram mais de 389⁹ acordos homologados, sendo 183 apenas pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁰

Sobre o tema, transcreve-se abaixo excerto da obra de Guilherme Nucci:

O que vem acontecendo, em todo o país, é a superlotação de presídios destinados a presos cautelares – sem condenação definitiva –, muitos dos quais respondem por crimes de mínima periculosidade e cometidos sem violência contra a pessoa. **Outra situação peculiar, para não dizer bizarra, é o surto de prisões preventivas em operações especiais da polícia, com a finalidade nítida de provocar a delação premiada. Prende-se, sem fundamento no art. 312 do CPP (ou falsamente fundado no referido artigo), com o real objetivo de transtornar o detido e fazê-lo delatar alguém mais importante para regozijo dos operadores do Direito, participantes dessa investigação.**

Não pode o Judiciário vergar-se à opinião pública – o que vem ocorrendo com muitos magistrados trabalhados no brilho dos holofotes dos órgãos de comunicação, cuja finalidade é elevar a audiência ou o número de leitores. Juízes não devem emitir comentários em relação aos seus atos jurisdicionais; o que é preciso dizer, deve constar dos autos. Magistrados não devem participar da vida política, mesmo que indiretamente, opinando sobre questões fora da sua alçada. **É preciso um basta em relação a prisões-midiáticas, que chamam a atenção dos meios de comunicação e recebem a bênção e os elogios de repórteres sensacionalistas.** Para uma reflexão: desde quando um juiz emite nota à imprensa, no tocante a fatos e eventos importantes ocorridos no país? Segundo a nossa formação, calcada na Lei Orgânica da Magistratura, o magistrado fala apenas nos autos.¹¹

Apesar dos dados divulgados, a análise dos efeitos processuais práticos deste período ainda demandará anos de produção acadêmica. A fim de retomar o eixo do objeto de estudo, após a indicação de banalização das segregações cautelares, ao próximo tópico que versará de forma mais pontual sobre a medida cautelar em questão.

1.1 AS PRISÕES CAUTELARES EM NÚMEROS

Ao mesmo passo que houve durante os últimos dez anos o crescimento vertiginoso da população carcerária, ainda maior foi a alavancada dos presos provisórios.

⁹ O valor não inclui acordos de leniência.

¹⁰ **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**. Caso Lava Jato. Resultados. 2021.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. pp. 989-990.

Por meio da análise comparada dos Relatórios Anuais elaborados pelo Departamento Nacional Penitenciário, tem-se por objetivo retratar a curva de crescimento das prisões provisórias no país, com especial atenção ao percentual.

Tabela 1: Relação de Presos Provisórios no Sistema Penitenciário Nacional de 2000 a 2017

Ano	Total
2000	80.775
2001	78.437
2002	80.235
2003	67.549
2004	86.766
2005	102.111
2006	112.134
2007	127.564
2008	138.931
2009	152.617
2010	164.687
2011	173.814
2012	195.034
2013	216.344
2014	249.667
2015	261.786
2016	232.509
2017	235.246

Fonte: Elaborado pela autora com base nos Relatórios do DEPEN, 2021¹²

Destaca-se que o valor passou em menos de vinte anos para mais do que o triplo da população do ano 2000. Além disso, em relação ao percentual de presos provisórios dentre a população total, o salto também foi grande, sendo de 21,9% em 2003 e chegando a 40,1% em 2014.

Resta evidente, portanto, a acentuada curva de crescimento da população carcerária em situação de prisão provisória, na mesma esteira da massificação indicada anteriormente das representações pela prisão cautelar.

¹² GOVERNO FEDERAL. Levantamento Nacional, DEPEN- Departamento Penitenciário Nacional. Online.

CAPÍTULO 2 – AS PRISÕES CAUTELARES NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

2.1 NATUREZA JURÍDICA E TIPOS DE PRISÃO CAUTELAR

As prisões cautelares são compreendidas por aquelas decretadas em momento anterior à condenação com trânsito em julgado. Divergindo, portanto, da prisão penal.

Assim, embora esteja-se diante de medida de cerceamento de liberdade, o efeito cautelar impõe caráter preventivo à mesma, não se fala em exercício do Poder Punitivo do Estado mediante sua aplicação. Por sua vez, trata-se de mecanismo de proteção de eventual direito de punir que ainda não se configurou, sendo imprescindível considerar o essencial princípio da presunção da inocência.

Tal distinção é crucial para a noção de que as medidas de segregação cautelar devem ser decretadas em cenários de *ultima ratio*, preenchidos todos os requisitos indispensáveis abarcados pela legislação penal. A gravidade da intervenção sobre o direito de liberdade em fase processual na qual o Estado não goza do direito de punir deve servir como baliza do respeito aos princípios processuais constitucionais.

Quanto aos tipos de prisão provisória, têm-se (i) a prisão em flagrante; (ii) a prisão temporária e (iii) a prisão preventiva. De pronto, descarta-se do presente trabalho a modalidade flagrante pela impossibilidade de se debater a contemporaneidade *in casu*, respectivamente previstos nos artigos 301 e seguintes do Código de Processo Penal.

A segregação temporária é menos comum e sua incidência está vinculada à condução das fases de investigação e produção de provas. Trata-se de instrumento de cautela perante a ameaça ao regular prosseguimento da ação penal.

Regulado seu cabimento por lei específica, Lei nº. 7.960/89, a modalidade possui prazo de duração da segregação, conforme leciona Tourinho Filho:

Somente o juiz, mediante representação da Autoridade Policial ou requerimento do Ministério Público, poderá decretá-la. Seu prazo máximo de duração é de 5 dias, prorrogável por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade. Em se

tratando de crimes hediondos, de prática de tortura, de tráfico ilícito de drogas afins, e de terrorismo, o prazo da prisão temporária é de 30 dias, prorrogável de mais 30, nos termos do atual §4º do art. 2º da Lei nº 8.072/90.¹³

Por tais razões, não possui grande incidência nas cortes criminais, sendo um recurso com função específica de resguardar algum elemento probatório. Além disso, a popularização da prisão preventiva e a cultura da cassação da liberdade hão de ser levadas à balança da realidade de baixo uso desta medida, por que prender por 5 dias quando se pode prender por meses?

Por fim, recai-se na prisão preventiva, não só a de maior ocorrência no âmbito jurídico, mas a fonte de estudo deste trabalho. Muito embora suas características fáticas se assemelhem à prisão penal, não há como confundir as duas, uma vez que a prisão preventiva não pode ser vista como antecipação da pena, tendo vedação expressa a tal prática no ordenamento pátrio, consoante artigo 313, parágrafo 2º do Código de Processo Penal¹⁴.

A proteção da presunção de inocência pela impossibilidade de execução antecipada se funda em preceito constitucional exarado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e reiterado no artigo 283 do Código de Processo Penal.

Importa trazer, de tal modo, a redação do artigo que prevê o objeto em análise: “Art. 313. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal” para melhor elucidação de seus fundamentos.

No que se refere aos elementos que alicerçam a prisão, melhor se verá nos tópicos subsequentes, sobretudo, em relação ao controverso conceito de garantia da ordem pública. Ainda assim, cabe elencar quais as características de tal modalidade prisional.

O instrumento processual em comento pode ser aplicado tanto em fase de inquérito, quanto no curso da ação penal, como preleciona Eugenio Pacelli:

¹³ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 14ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 1007.

¹⁴ Art. 313, § 2º, do CPP: “Não será permitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento da denúncia”

Referida modalidade de prisão, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, **somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu iter procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade.**

(...)

Em razão da sua gravidade, e como decorrência do sistema de garantias individuais constitucionais, somente se decretará a prisão preventiva “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”, conforme se observa com todas as letras no art. 5º, LXI, da Carta de 1988. Mas não basta a fundamentação judicial da autoridade competente. **Como se trata de grave medida restritiva de direitos, a sua decretação deve estar expressamente prevista em lei, não podendo o juiz, nesse ponto, afastar-se do princípio da legalidade, nem mesmo se entender presentes circunstâncias e/ou situações que coloquem em risco a efetividade do processo e da jurisdição penal. Por efetividade estamos nos referindo à necessidade de se preservar o adequado funcionamento de um (processo) e outra (jurisdição penal), de maneira a permitir que ambos cumpram as suas importantes missões, tanto como instrumento de garantia do indivíduo quanto de aplicação da lei penal.**¹⁵ (grifos da autora)

Assim, cabe entrar em aspectos processuais mais específicos acerca das medidas cautelares e seus requisitos de aplicação.

2.1.1 A Lei nº. 12.403/2011 e processo penal cautelar

Há que se trazer de maneira sucinta a promulgação da Lei nº. 12.403/2011 que inseriu a possibilidade da determinação de cumprimento de outras medidas cautelares – as medidas alternativas à prisão, a fim de fornecer mais uma lente de análise da pesquisa

Cuida-se de rol abarcado nos artigos 318 e 319 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

¹⁵ PACELLI, Eugenio. Curso de Processo Penal. 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020. p. 683-684.

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
IX - monitoração eletrônica.

Imperioso ressaltar a importância de tais medidas para a proteção do direito de liberdade do sujeito alvo da malsinação. As cautelares diversas da prisão deveriam, em tese, colaborar com o caráter de *ultima ratio* da constrição da liberdade.

Como se denota, as medidas elencadas permitem, em muitos dos casos, monitorar o indivíduo ou restringir suas atividades de forma tal que não se veria ameaça aos requisitos que devem ser observados. Para a maioria dos feitos, as cautelares introduzidas em 2011 bastam para assegurar, como se verá em sequência, a ordem pública, o risco à aplicação da lei penal, entre outros.

Incorre-se, de tal modo, em mais um dos princípios constitucionais que revolvem o processo cautelar, o princípio da proporcionalidade, cujos subprincípios a serem assegurados são (i) a adequação ou idoneidade, (ii) a necessidade e (iii) a proporcionalidade *per se*.

Ainda que se esteja perante a aplicação de medidas cautelares diversas, na forma do artigo 319 do caderno processual, o cuidado acerca do respeito à proporcionalidade está igualmente na decretação de prisão de qualquer natureza. Assim, sobre o mal uso das cautelares alternativas, tem-se lição de Antônio Magalhães Gomes Filho em coletânea denominada Medidas Cautelares no Processo Penal – Prisões e suas alternativas:

O segundo subprincípio que decorre da proporcionalidade em sentido amplo é o da **necessidade, que realça a otimização do grau de eficácia dos direitos fundamentais** diante de suas possíveis limitações, **obrigando o poder público a recorrer preferencialmente àquelas medidas menos lesivas aos direitos dos cidadãos**. Com isso, preconiza-se a "intervenção mínima" ou a "alternativa menos gravosa", dentre as medidas potencialmente aptas para atingir os fins perseguidos. **Trata-se, pois, de um critério que leva em conta a comparação entre medidas diversas, todas aptas à consecução do fim desejado, levando o legislador, ou o juiz, a escolher aquela que for menos lesiva aos direitos fundamentais**. No processo penal, isso deve levar a lei a prever outras medidas de restrição, que sejam **menos gravosas do que a completa privação da liberdade, como ocorre na prisão preventiva, mas que possam satisfazer igualmente as exigências cautelares antes mencionadas**. Do mesmo modo, cabe ao juiz, na apreciação do caso concreto, adotar, dentre as alternativas existentes no ordenamento e idôneas ao fim pretendido, aquela que implique a menor restrição possível à liberdade do acusado.¹⁶

¹⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Medidas cautelares e princípios constitucionais**. In: **Medidas Cautelares no Processo Penal – Prisões e suas alternativas**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. 2014. p. 27.

Portanto, este deve ser apontado como mais um elemento para interpretar o uso estratosférico do instituto da prisão preventiva, no que tange, por óbvio, ao seu desuso.

2.2 REQUISITOS INDISPENSÁVEIS À DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva deve ser decretada por Juiz, mediante requerimento, em decisão fundamentada que indique a presença dos requisitos indispensáveis a seu uso. De início, deve-se observar a presença do *fumus comissi delicti*, realizando juízo de tipicidade e de verificação dos indícios de autoria e materialidade do tipo penal em comento.

Colaciona-se excerto de Aury Lopes Jr:

Dessarte, o primeiro ponto a ser demonstrado é a **aparente tipicidade da conduta do autor**. Esse ato deve amoldar-se perfeitamente a algum dos tipos previstos no Código Penal, mesmo que a prova não seja plena, pois o que se exige é a probabilidade e não a certeza. Em síntese, deverá o juiz analisar todos os elementos que integram o tipo penal, ou seja, conduta humana voluntária e dirigida a um fim, presença de dolo ou culpa, resultado, nexos causal e tipicidade.

Mas não basta a tipicidade, pois o conceito formal de crime exige a prática de um ato que, além de típico, seja também ilícito e culpável. Deve existir uma fumaça densa de que a conduta é aparentemente típica, aparentemente ilícita e aparentemente culpável. (grifos da autora)¹⁷

O segundo requisito imprescindível à prisão preventiva é a observância do *periculum libertatis*, este, de crucial relevância no que concerne à popularização da medida cautelar que ora se aborda. O conceito que se ilustra por tal bordão refere-se ao risco de liberdade do sujeito, cuja aferição perpassa alguns critérios, sua incidência pode ser decretada como forma de (i) *garantir a ordem pública* ou (ii) *a ordem econômica*; pela (iii) *conveniência da instrução criminal* e para (iv) *assegurar a aplicação da lei penal*.

Cabe, como bem alerta fração majoritária da doutrina, tecer a ressalva quanto à impossibilidade de definição estreita de tais conceitos. Por meio de interpretações muito abrangentes do que se infere por *garantia da ordem pública*, tal fundamentação é usada de maneira generalizada e pouco descritiva.

¹⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª. ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2020. p. 988.

Sobre isso, Prado traz em sua obra “Prisão Preventiva: a contramão da modernidade” importante debate acerca da introdução de tal conceito no processo penal. O autor define o momento processual atual como processo penal de emergência e caracteriza por meio de reconstrução histórica sua oposição ao processo penal constitucional.¹⁸

A proliferação de medidas de caráter policial na praxis judiciária se acentuou com o passar do tempo. O problema é que, muitas dessas medidas tiveram base autoritária, e, mesmo em tais épocas, eram excepcionais. Entretanto, atualmente, o Judiciário as usa como *prima ratio* processual. Em alguns casos, inclusive, tais medidas se afiguram como verdadeiras antecipações de tutela, não se prestando – pela ontologia e motivos acionados – como tutela cautelar.⁸⁸ Há um uso “demasiado generoso” de tais instrumentos e, em especial, da prisão antes da sentença.⁸⁹ Os números da prisão preventiva no Brasil atestam, acima da dúvida razoável, o uso massificado da prisão preventiva.

Importa lembrar que o processo por si só já se apresenta estigmatizante (macula a imagem do sujeito sobre si, sua reputação) e massacrante pela ansiedade, insegurança e prolongamento. Além disso, convém sublinhar que o estabelecido pela Constituição ou pela lei nem sempre é respeitado pelo Estado, para o agente processado. Talvez, o mais grave sintoma da desumanização seja não se considerar como ator principal o processado nem as leis ou a Constituição, e sim a realização do que o funcionário estatal acredita estar justo.¹⁹

Nesse sentido, ainda sobre a garantia da ordem pública, há clara violação ao princípio da legalidade pois a indefinição do conceito ao qual se atribui a possibilidade de decretação de medida tão gravosa permite o exercício arbitrário do aprisionamento, sem que se veja fundamentada a justificativa penal exigida. Não há na legislação delimitação do que se deve entender por ordem pública, impossibilitando o cumprimento, inclusive, do preconizado no artigo 312, parágrafo 2º, atinente à imprescindibilidade da decisão motivada.

Desta feita, cumpre parênteses acerca da alteração legislativa introduzido pelo Pacote Anti-Crime, a Lei nº 13.964/2019, a qual versa expressamente sobre a necessidade da fundamentação da decisão como melhor se elucidará no próximo tópico.

Para introduzir o assunto, Nucci:

Exige a Constituição Federal que toda decisão judicial seja fundamentada (art. 93, IX), razão por que, para a decretação da prisão preventiva, é indispensável que o magistrado apresente as suas razões para privar alguém de sua liberdade. É o previsto igualmente no art. 315 do Código de Processo Penal. Essa fundamentação pode ser concisa, sem implicar nulidade ou constrangimento ilegal.

¹⁸ PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁹ *Ibidem*. p. 80.

A reforma trazida pela **Lei 13.964/2019** passou a exigir **justificação e fundamentação**. A primeira é a demonstração do raciocínio lógico do juiz para chegar à prisão preventiva. A segunda é a relação estabelecida entre a necessidade da prisão e as provas concretas extraídas dos autos (art. 312, § 2.º, CPP).²⁰ (grifos da autora)

Ademais, outra inovação advinda da referida lei é a vedação à decretação de prisão preventiva em situações em que o crime a que se responde possua pena cominada inferior a 4 anos. De tal modo, reduz o espectro de cabimento de tal medida constritiva. Veja-se:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

Dessarte, em atenção aos efeitos das alterações, denota-se que a legislação prevê expressamente a revisão da prisão preventiva após o decurso temporal determinado. Tal exigência é benéfica ao argumento da contemporaneidade pois o lapso temporal também possibilita o reexame dos requisitos. Assim, passa-se ao detalhamento da contemporaneidade em item próprio.

2.3 A CONTEMPORANEIDADE

Imperioso pautar que esse requisito básico é valorado com arrimo nos princípios constitucionais e do Direito Processual Penal, trata-se de exigência garantista que visa proteger as noções inafastáveis da presunção de inocência e do devido processo legal.

Na mesma esteira, caberá transcrever a letra da lei, alterada pelo Pacote Anti-Crime, devido a sua nova redação:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

(...)

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.

Art. 315. **A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.**

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 1002.

§ 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.²¹

A inclusão dos parágrafos acerca da necessidade de motivação e justificação na decisão, traz elemento fundamental acerca da indispensabilidade do caráter contemporâneo dos fatos e das provas que visam ensejar a decretação e manutenção da prisão. A natureza de urgência para a delimitação de medidas cautelares é imprescindível, como já solidifica a larga doutrina acerca do tema.

Fundamental se faz conceituar, desta feita, o que se refere como contemporaneidade dentro da lógica processual penal. A verificação de contemporaneidade aos fatos é requisito para verificação do *periculum libertatis*, compete à fiscalização sobre real e fundado temor.

Não há como falar em risco de liberdade sem a exposição do que se considerou para o risco naquele caso concreto. De igual maneira, a latência do perigo de liberdade pressupõe a eminência dos acontecimentos, sendo lógica a importância da contemporaneidade destes.

Decerto, igual é o entendimento de Aury Lopes Jr:

Toda decisão determinando a prisão do sujeito passivo deve estar calcada em um fundado temor, jamais fruto de ilações ou criações fantasmagóricas de fuga (ou de qualquer dos outros perigos). **Deve-se apresentar um fato claro determinado**, que justifique o *periculum libertatis*.

Como explicamos ao tratar do Princípio da Provisionalidade, **o *periculum libertatis* deve ser atual. Deve ser observado o “Princípio da Atualidade do Perigo”**. Para que uma prisão preventiva seja decretada, **é necessário que o *periculum libertatis* seja presente, não passado e tampouco futuro e incerto. A “atualidade do perigo” é elemento fundante da natureza cautelar**. Prisão preventiva é “situacional” (provisional), ou seja, tutela uma situação fática presente, um risco atual. No RHC 67.534/RJ, o Min. Sebastião Reis Junior afirma a necessidade de “atualidade e contemporaneidade dos fatos”. No HC 126.815/MG, o Min. Marco Aurélio utilizou a necessidade de “análise atual do risco que funda a medida gravosa”. Isso é o reconhecimento do Princípio da Atualidade do Perigo.

É imprescindível um juízo sério, desapaixonado e, acima de tudo, calcado na prova existente nos autos. A decisão que decreta a prisão preventiva deve conter uma fundamentação de qualidade e adequada ao caráter cautelar. Deve o juiz demonstrar, com base na prova trazida aos autos, a probabilidade e atualidade do *periculum libertatis*. **Se não existe atualidade do risco, não existe *periculum libertatis* e a prisão preventiva é despida de fundamento.**²²

²¹ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Publicado no Diário Oficial da União em 24 dez. 2019, Brasília, DF.

²² LOPES JR. Aury. op. cit., p. 995.

Mais do que só o decurso de tempo entre a data do fato e o momento da segregação cautelar, a análise da contemporaneidade deve ser mais abrangente do que somente o aspecto temporal. A permanência das circunstâncias alusivas ao suposto cometimento do delito em comento faz parte de tal interpretação.

Ora, se à época dos fatos o sujeito ocupava cargo específico que permitiu acesso a determinados documentos que ensejaram na hipotética conduta delituosa e, posteriormente, ao ser denunciado e se ver sob o crivo de possível constrição de sua liberdade, não mais ocupa o cargo em questão há anos, não possui autorização para entrada no prédio, entre outros, como pode se falar em possível reincidência?

Ou mais, qual a ameaça que pode justificar a necessidade de garantia da ordem pública?

O estudo da contemporaneidade presume a depuração de todos os elementos, de maneira individualizada, atentando não só aos prazos temporais, mas às circunstâncias que revolvem a encrespação, para que o juízo do risco possa ser realizado de forma fidedigna e plausível.

Caso contrário, incorre-se em possíveis decisões carentes de outro importante princípio processual, o da probabilidade, como abordado pela doutrina acima exposta.

CAPÍTULO 3 – PESQUISA JURISPRUDENCIAL

No capítulo atual consta o resultado da pesquisa jurisprudencial, com a reprodução dos principais julgados, as respectivas ementas e, por vezes, trechos dos votos. Apesar de possível repetição de argumentos, a presença das ementas objetiva a exposição do resultado quantitativo, uma vez que a análise empírica proposta pretende aferir a mudança no entendimento e não só identificar a posição adotada pelas Cortes.

3.1 METODOLOGIA EMPREGADA

A pesquisa foi realizada junto aos tribunais nacionais, com especial atenção àqueles que foram palco com maior frequência dos maxiprocessos, quais sejam, (i) o Supremo Tribunal Federal; (ii) o Superior Tribunal de Justiça; (iii) Tribunal Regional Federal da 2ª. Região; (iv) Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e (v) Tribunal Regional Federal da 4ª. Região

Em relação às buscas, estas foram feitas com a maior abrangência possível, verificando a presença de ementas com as palavras-chave: “prisão” e “contemporaneidade”; ou “segregação” e “contemporaneidade”; ou “preventiva” e “contemporaneidade”. O período foi restrito aos anos de 2000 a 2021 e somente aos julgados de matéria penal ou processual penal.

Foi dada especial atenção aos Tribunais Superiores, devido a dimensão nacional dos resultados.

Buscou-se através da escolha de poucos termos de pesquisa ter acesso a escopo maior de decisões, considerando amostragem mais completa do período delimitado. Assim, a exposição é feita de forma linear e cronológica, para que se verifiquem as alterações no entendimento exarado.

Ressalva relevante ao enfoque dado na busca junto ao Superior Tribunal de Justiça se faz – apesar do significativo número de resultados encontrados – quanto ao princípio da impossibilidade de supressão de instância. A vedação ao exame de matéria não analisada pelas cortes de origem, impossibilita, em expressiva quantidade de casos, a análise da contemporaneidade, ainda que em sede de *habeas corpus*.

Ao fim, tem-se o relatório com valores brutos acerca do material encontrado, bem como, a íntegra dos julgados selecionados consta do Anexo I do presente trabalho.

3.2 JULGADOS SELECIONADOS E RESULTADOS

Cumpra expor alguns dos julgados, selecionados para a reflexão sobre a inobservância do requisito da contemporaneidade nas decretações e manutenções das prisões cautelares. Como cediço, há maior expressividade de casos referentes a modalidade da prisão preventiva.

Inicialmente, cabe registrar que a pesquisa obteve resultados esperados de todos os Tribunais com a variação no entendimento de acordo com o período e com o Magistrado ou Turma. Além disso, verifica-se também a nítida e marcada explosão na quantidade de casos relativos à prisão preventiva.

A título de exceção, tem-se o Tribunal Regional Federal da 4ª. Região cuja maioria esmagadora dos resultados é pela manutenção da prisão e inobservância do requisito da contemporaneidade.

Descortina-se, em sequência à pesquisa, respeitando a cronologia e com agrupamentos por resultado.

3.2.1 Necessidade de se observar a contemporaneidade

Primeiramente, há de se destacar julgados antigos que atentam para a verificação do requisito em análise, deixando claro que à época precedente forte do Ministro Nefi Cordeiro usado em diversos julgados, inclusive pelos tribunais de segunda instância, sob a máxima “a urgência intrínseca da prisão preventiva impõe a contemporaneidade dos fatos justificadores aos riscos que se pretende com a prisão evitar.”, *in verbis*:

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. **CONTEMPORANEIDADE DOS FATOS AOS RISCOS. AUSÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL.CONSTRANGIMENTO ILEGAL.**

1. **A urgência intrínseca da prisão preventiva impõe a contemporaneidade dos fatos justificadores aos riscos que se pretende com a prisão evitar.** 2. O tempo decorrido desde a concessão da liminar para soltura do paciente, de mais de quatro

anos, sem indicação de ter de algum modo trazido riscos ao processo ou à sociedade, infirma a necessidade da custódia cautelar pela gravidade concreta do crime. 3. A demora injustificada, por circunstâncias não atribuíveis à defesa, na instrução criminal, configura constrangimento ilegal por excesso de prazo. 4. Habeas Corpus concedido para determinar a soltura do paciente, de forma que responda ao processo em liberdade, o que não impede nova e fundamentada decisão de necessária cautelar penal, inclusive menos gravosa do que a prisão processual. (STJ. HC 166.271/AL, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014)²³ (grifos da autora)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. II - **PRISÃO PREVENTIVA. PERICULUM IN LIBERTATIS NÃO DEMONSTRADO. MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO MENOS GRAVOSA. LEI N. 12.403/2011. CONCESSÃO DA ORDEM.** III - Circunstâncias objetivamente demonstradas em relação ao paciente que não atestam a necessidade da prisão preventiva. Possibilidade de reiteração criminosa embasada em mera conjectura à vista da intimidade com outros policiais. Paciente aposentado que, nessa condição, não poderá usar seu cargo para a prática dos crimes que lhe foram imputados. IV - Ausência de indicativos concretos de planeje fuga ou possa interferir na instrução, diante da gama de elementos já colhidos. Delitos que teriam sido praticados sem maiores contornos de gravidade concreta, como aqueles que repercutem de imediato e de forma incisiva contra valores comunitários essenciais à harmonia da ordem pública. V - Adoção de medida cautelar menos gravosa e eficaz. Determinação de que o paciente se abstenha de frequentar a repartição pública da PRF na qual trabalhou no passado, até o final do processo, embasado na ainda não vigente, mas inspiradora Lei n. 12.403/11, que altera o CPP, sob pena de nova decretação de sua prisão. VI - Ordem concedida. (TRF-2 2007)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR NA FORMA TENTADA. **PRISÃO DETERMINADA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO HÁBIL A JUSTIFICAR A SEGREGAÇÃO, QUE GUARDA NATUREZA CAUTELAR.** RECURSOS EXCEPCIONAIS. EFEITO SUSPENSIVO DESTES QUE NÃO AUTORIZA A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ORDEM CONCEDIDA NA PARTE CONHECIDA DO WRIT. I - O Supremo Tribunal Federal vem firmando o entendimento de que a execução provisória da pena, ausente a justificativa da segregação cautelar, fere o princípio da presunção de inocência. **II - Paciente que permaneceu solto durante todo o curso processual, e cuja prisão foi determinada apenas por ocasião do julgamento da apelação.** III - Decisão lacônica que carece de maior fundamentação. IV - Nulidades processuais, que não podem ser conhecidas sob pena de julgamento per saltum. V - Impetração conhecida em parte, concedendo-se a ordem na parte conhecida para que o réu aguarde solto o julgamento dos recursos. (HC 91676, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2009, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009 EMENT VOL-02367-02 PP-00184 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 311-354)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO (NÃO CONHECIMENTO). TRÁFICO DE DROGAS (HIPÓTESE). **PRISÃO PREVENTIVA (REQUISITOS).** (...) (INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF). **CONTEMPORANEIDADE DOS FATOS JUSTIFICADORES DOS RISCOS DE REITERAÇÃO DELITIVA (INEXISTÊNCIA). CONSTRANGIMENTO ILEGAL (CONFIGURADO).**

²³ Julgados de idêntica fundamentação também de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro foram excluídos da seleção, mas vale a nota para ciência.

2. Caso em que a sentença condenatória, que restabeleceu o decreto preventivo que havia sido revogado, não apresentou motivação concreta, apta a justificar a segregação dos pacientes, tendo se limitado a afirmar, de modo abstrato, o risco de os pacientes **"continuarem na sua saga criminosa, sendo um perigo para a sociedade", fazendo-se necessário inibir que os réus "contribuam para o crescimento da circulação ilícita de entorpecentes"**. (...) 4. A gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal (Precedentes). 5. "A urgência intrínseca da prisão preventiva impõe a contemporaneidade dos fatos justificadores aos riscos que se pretende com a prisão evitar" (HC-214.921/PA, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 25/3/2015). **No caso, o tempo decorrido entre a liberdade provisória dos pacientes e a sentença, de 1 ano e 1 mês, sem a indicação de que trouxessem riscos ao processo ou à sociedade, infirmam a necessidade do cárcere cautelar para evitar a reiteração criminosa.** 6. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para revogar o decreto prisional dos pacientes, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319, I e IV, do Código de Processo Penal. (HC 318.702/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 13/10/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. ESTUPRO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. (...) 4. "A urgência intrínseca da prisão preventiva impõe a contemporaneidade dos fatos justificadores aos riscos que se pretende com a prisão evitar" (HC-214.921/PA, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 25/3/2015). No caso, os fundamentos apresentados pelo Tribunal de origem para justificar a constrição cautelar do paciente são preexistentes ao édito condenatório. **Assim, o acórdão impugnado não apontou nenhum ato concreto e contemporâneo do paciente a fim de motivar a suposta imprescindibilidade da medida extrema.** 5. Habeas corpus não conhecido. Acolhido o parecer ministerial. Ordem concedida, de ofício, para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória, se por outro motivo não estiver preso. (HC 333.573/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 04/11/2015)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. **PRISÃO PREVENTIVA. FATOS IMPUTADOS OCORRIDOS EM 2012 E 2013. INEXISTÊNCIA DE NOVOS RISCOS. ILEGALIDADE.** LIBERDADE CONCEDIDA.(...) (HC 341.778/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 21/03/2016)²⁴

Habeas Corpus. Prisão preventiva. Writ impetrado com o objetivo de que seja relaxada a prisão preventiva, sob a alegação de constrangimento ilegal decorrente da ilegitimidade da custódia provisória imposta ao paciente. Liminar deferida. Parecer favorável do PGJ. **Trata-se de imputação por fatos datados do ano de 2008 sobre a prática de crimes de organização criminosa (art. 2º da Lei 12.850/13), crimes dos art. 89 e 90 da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), crime de peculato (art. 312 do CP) e falsidade ideológica (art. 299 do CP). Recebimento da denúncia e decreto de preventiva por decisão datada de 21/03/2017. A ausência de contemporaneidade dos fatos criminosos impede a caracterização dos requisitos da prisão cautelar. Há longo lapso temporal entre a conduta imputada (2008) e a decretação da prisão (2017).** Não seria a prisão do paciente que solucionaria o rastreamento do dinheiro ou evitaria a dissipação dele, pois que o próprio longo tempo decorrido, por si só, seria o fator embaraçador e não a liberdade do réu. Para alcançar a finalidade de ressarcimento, a lei dispõe de outras alternativas. Não cabe presumir que o paciente poderá colocar em risco a integridade física de testemunhas ou isenção destas para depor, porquanto tal não o fez ao longo de 8 anos. **Não há como se**

²⁴ De igual sentido, tem-se os seguintes: HC 183426-MG, HC 318702-MG, HC 282722-RR, HC 305831-CE, RHC 41001-MG

arriscar a dizer que fatos tão longínquos datados de 2008 possam tornar a ocorrer futuramente, do contrário, estar-se-á banalizando prisão preventiva. Onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito. Havendo a peculiaridade local que impõe ao paciente a necessidade de realizar curtos deslocamentos entre cidades próximas, em especial em razão de o paciente residir em Comarca diversa daquela na qual é processada a ação penal, é adequado permitir que o paciente possa ausentar-se da Comarca de São Fidélis, por prazo não superior a 5 dias, sem autorização judicial. Concessão da ordem.

(0016994-11.2017.8.19.0000 - HABEAS CORPUS. Des(a). MÔNICA TOLLEDO DE OLIVEIRA - Julgamento: 06/06/2017 - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL)²⁵

Quanto ao entendimento garantista e mais recente, destaca-se esse julgado do Supremo Tribunal Federal que afasta a mitigação do requisito da contemporaneidade exclusivamente pela gravidade da conduta praticada:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. DESCUMPRIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. **AUSÊNCIA DE ATUALIDADE E DE CONTEMPORANEIDADE DOS FATOS.** FALTA DO PERICULUM IN MORA. (...) 2. Mesmo que não haja prazo de duração para as medidas protetivas de urgência, diante do efetivo descumprimento de qualquer uma delas, **a prisão com base nessa motivação há de guardar atualidade e contemporaneidade com os fatos justificadores da extrema cautela.**

(RHC 67.534/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016)

EMENTA Habeas corpus. (...)Prisão preventiva (art. 312, CPP). Pretendida revogação. Superveniência de sentença penal condenatória em que se mantém segregação cautelar com remissão a fundamentos do decreto originário. (...)Ausência de contemporaneidade do decreto prisional nesse aspecto. Invocação de gravidade em abstrato das condutas. Inadmissibilidade. Precedentes. (...)

6. Os fatos que deram ensejo ao aventado risco de reiteração delitiva estavam longe de ser contemporâneos à manutenção do decreto prisional. (...)8. Como destacado por esse Colegiado no julgamento do HC nº 127.186/PR, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 3/8/15, **por mais graves e reprováveis que sejam as condutas supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar.** 9. O princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), como norma de tratamento, significa que, diante do estado de inocência que lhe é assegurado, o imputado, no curso da persecução penal, não pode ser tratado como culpado nem ser a esse equiparado. 10. **Descabe a utilização da prisão preventiva como antecipação de uma pena que nem sequer foi confirmada em segundo grau, pois, do contrário, estar-se-ia implementando verdadeira execução provisória em primeiro grau, contrariando o entendimento fixado pela Corte no julgamento do HC nº 126.292/SP, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 17/5/16.** 11. Entendimento diverso importaria na restauração do instituto da prisão preventiva obrigatória, ratio da primeira redação do art. 312 do Código de Processo Penal, a qual estabelecia essa modalidade odiosa de constrição nos crimes cuja pena máxima cominada fosse igual ou superior a 10 (dez) anos, tendo sido acertadamente revogada pela Lei nº 5.349/73. 12. Ordem de habeas corpus concedida para se revogar a prisão preventiva do paciente, sem prejuízo de que o juízo de primeiro grau venha a fixar eventuais medidas cautelares dela diversas (art. 319, CPP).

²⁵ De igual sentido e da mesma relatora, tem-se o seguinte HC 0020257-51.2017.8.19.0000.

(HC 140312 AgR-AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 25/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 31-01-2018 PUBLIC 01-02-2018)

Do excerto acima exarado, cabe também menção na mudança do entendimento quanto à possibilidade de decretação de prisão preventiva após sentença condenatória, mas antes do trânsito em julgado. Sobre o mesmo tema, porém datado de 2016, com resultado contrário:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. QUADRILHA OU BANDO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E FALSIDADE IDEOLÓGICA. PRISÃO PREVENTIVA RESTABELECIDA EM ACÓRDÃO DA APELAÇÃO. PACIENTE EM LIBERDADE HÁ QUASE 3 ANOS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS RISCOS. LIMINAR DEFERIDA. NOVO ENTENDIMENTO DO STF ADOTADO POR ESTA CORTE. LIMINAR CASSADA. ORDEM DENEGADA. 1. Neste writ, foi deferida a liminar, reconhecendo-se a ausência de contemporaneidade entre os fatos e os riscos atuais. Não obstante, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 122.292/MG, de 17/2/2016), **fixou recente entendimento de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola o constitucional princípio da presunção de inocência, e a Sexta Turma desta Corte, adotou esta orientação, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e no REsp 1.484.415/DF, na sessão de 3/3/2016.** 2. Habeas corpus denegado, cassando a liminar e pedidos de extensão antes deferidos.

(HC 325.455/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2016, DJe 03/08/2016)

Colaciona-se abaixo alguns julgados que, muito embora mantenham a prisão, realizaram o juízo de verificação do requisito da contemporaneidade:

AÇÃO MANDAMENTAL DE HABEAS CORPUS. PRISÃO CAUTELAR. IMPUTAÇÃO DA CONDUTA MOLDADA NO ARTIGO 121, § 2º, INCISO IV, C/C ARTIGO 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE E DA **CONTEMPORANEIDADE, APONTANDO, AINDA, INEXISTÊNCIA DO PERICULUM LIBERTATIS** E, POR DERRADEIRO, SUPOSTA INOBSERVÂNCIA DA NORMA ESTATUÍDA NO ARTIGO 316-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PLEITO DE RELAXAMENTO OU DE REVOGAÇÃO. (...) **NO TOCANTE À CONTEMPORANEIDADE, É POSSÍVEL CONCLUIR QUE A PRISÃO TEMPORÁRIA, POSTERIORMENTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA CERCA DE UM ANO APÓS OS SUPOSTOS FATOS, NÃO AFRONTA O REFERIDO PRINCÍPIO, PRIMEIRO PORQUE HOUE A NECESSIDADE DE APROFUNDADA INVESTIGAÇÃO PARA SE APONTAR O SUPOSTO AUTOR DO DELITO E, DEPOIS, PORQUE NA DECISÃO GUERREADA, O RISCO À ORDEM PÚBLICA, À INSTRUÇÃO DO PROCEDIMENTO E À EVENTUAL APLICAÇÃO DA LEI PENAL É APRESENTADO COMO FATO ATUAL QUE ALICERÇA O DECISUM,** RESPEITANDO-SE, PORTANTO, O REQUISITO LEGAL. REAVALIAÇÃO DA PRISÃO OCORRIDO NO DIA 11 DE AGOSTO ÚLTIMO. SINGELEZA DA FUNDAMENTAÇÃO NÃO IMPLICA NA SUA INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

(0067099-84.2020.8.19.0000 - HABEAS CORPUS. Des(a). LUCIANO SILVA BARRETO - Julgamento: 10/12/2020 - QUINTA CÂMARA CRIMINAL)

EMENTA: HABEAS CORPUS. ROUBO. ARMAS. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. **Hipótese em que as alegações de falta de contemporaneidade dos fatos ensejadores da prisão preventiva e de ausência dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal**, já foram apreciadas nesta Corte em impetração anterior, não havendo alteração do quadro fático a ensejar o reexame da questão. 2. **O reconhecimento do excesso de prazo da instrução é medida excepcional, somente admissível quando a demora for injustificada, impondo-se a adoção de critério de razoabilidade no exame da sua eventual ocorrência.** 3. No caso a ação penal vem tramitando regularmente, sendo que eventual demora na instrução se encontra acobertada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, **em face das peculiaridades que o caso possui - necessidade de acionamento da Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal do Uruguai, de oitiva de testemunhas naquele país e tradução de documentos** -, não se verificando inércia de quaisquer das autoridades envolvidas na persecução penal. (TRF4, HC 5033688-83.2018.4.04.0000, SÉTIMA TURMA, Relator LUIZ CARLOS CANALLI, juntado aos autos em 19/09/2018)

3.2.2 Inobservância da contemporaneidade ante à complexidade do caso e multiplicidade de réus

Em panorama mais recente, há incidência de decisões que afastam a alegação de ausência de contemporaneidade devido à complexidade do caso em tela, da demora na fase investigativa, entre outros.

Interessa notar que os mesmos Magistrados que em julgamento anterior calcavam o excesso de prazo pelo decurso de um ano, não adota o mesmo entendimento ao se trata de um ano para realização de perícia, entre outros.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. (1) PRESSUPOSTOS DE CAUTELARIDADE. PRESENÇA. INDÍCIOS DE AUTORIA BEM DELINEADOS. (2) FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO ANCORADA NA GRAVIDADE CONCRETA. CRIME PERPETRADO COM EMPREGO DE ARMA E VINCULAÇÃO COM O COMANDO VERMELHO. (3) EXCESSO DE PRAZO. DELONGA GERADA POR REQUERIMENTO DA DEFESA. MAGISTRADO QUE DEMONSTRA DESVELO. DETERMINAÇÃO DE BUSCA A APREENSÃO DO LAUDO DA PERÍCIA PLEITEADA PELA DEFESA. ORDEM DENEGADA.

1. A prisão preventiva é medida odiosa, cabível apenas em casos de premente necessidade, em situação em que avulta a proporcionalidade (homogeneidade) e a adequação. (...) Nesse contexto, supostamente, voltou-se, com especial danosidade, contra a saúde e a paz pública. O clima de intranquilidade gerado enseja, sim, terreno firme para a decretação da prisão preventiva.

2. A bem da preservação da dignidade da pessoa humana, os processos devem se ultimar em prazo razoável, máxime aqueles de natureza penal, ante à gravidade de sua existência e o caráter extremo de suas consequências. **In casu, todavia, não desponta ilegalidade, dado que a letargia apregoada guardaria relação apenas com a realização de perícia, cuja feitura derivou de requerimento da Defesa.** Já ultimado o trabalho técnico, tem-se que o magistrado, dando mostras de combater qualquer

risco de maiores delongas, ordenou a expedição de mandado de busca e apreensão para a vinda do laudo aos autos.

3. Ordem denegada.

(HC 292.883/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 11/02/2015)

Ementa: HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. PRISÃO PREVENTIVA. (...) **EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. COMPLEXIDADE DA CAUSA. PLURALIDADE DE ACUSADOS. DIMENSÃO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. ORDEM NÃO CONCEDIDA.** 10. A aferição da atualidade do risco à ordem pública, como todos os vetores que compõem a necessidade de imposição da prisão preventiva, exige apreciação particularizada, descabendo superlativar a análise abstrata da distância temporal do último ato ilícito imputado ao agente. **O que deve ser avaliado é se o lapso temporal verificado neutraliza ou não, em determinado caso concreto, a plausibilidade concreta de reiteração delituosa.** A situação dos autos sinaliza que os atos atribuídos ao paciente teriam ocorrido de modo não ocasional, ultrapassando a marca de 7 anos de duração, com a ocorrência de repasses contínuos e com saldo a pagar, circunstâncias que sugerem o fundado receio de prolongamento da atividade tida como criminosa. **13. As particularidades do caso concreto não permitem o reconhecimento de excesso de prazo na formação da culpa. A despeito da duração da prisão (aproximadamente 1 ano e 8 meses), a pluralidade de acusados, a complexidade da matéria fática em apuração e a extensão da prova oral produzida, inclusive mediante cooperação jurisdicional nacional envolvendo diversos Juízos, revelam que tal dimensão temporal não decorre de desídia das autoridades públicas e é fruto de aspectos específicos da marcha processual, razão pela qual não destoa da duração razoável do processo.** 14. Habeas corpus não conhecido.

(HC 143333, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 20-03-2019 PUBLIC 21-03-2019)

Habeas corpus. Prisão preventiva. Furtos qualificados e organização criminosa. ¿Operação Open Doors¿.(...) Presentes os requisitos da prisão preventiva do paciente, hígidos os fundamentos que decretaram sua custódia cautelar, a hipótese não permite a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. **Sobre a contemporaneidade da medida, trata-se de inquérito longo e investigação complexa, cuja apuração dos fatos e identificação dos envolvidos se fez gradativamente, daí porque a custódia provisória não poderia mesmo ocorrer por ocasião do início dos atos executórios.** Quanto à proporcionalidade e homogeneidade da prisão cautelar, não há qualquer violação nesse sentido.

(0053902-33.2018.8.19.0000 - HABEAS CORPUS. Des(a). MÔNICA TOLLEDO DE OLIVEIRA - Julgamento: 11/12/2018 - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL)

3.2.3 Cumprimento do requisito da contemporaneidade pela figuração em associação criminosa: continuidade delitiva e configuração do risco

Da análise de outros fundamentos do mesmo julgado do Ministro Edson Fachin, pode-se verificar o uso de tal argumentação:

(...)11. Ademais, o crime de lavagem de bens, direitos ou valores, quando praticado na modalidade ocultação, **é de natureza permanente, protraindo-se sua execução até que os objetos materiais do branqueamento se tornem conhecidos.** A persistência da ocultação, com a consequente ausência de recuperação dos valores objeto de escamoteamento, **confere plausibilidade ao receio de novos atos de**

lavagem, bem como afasta a alegação de ausência de atualidade entre a conduta tida como ilícita e o implemento da medida cautelar gravosa. 12. A cessação do exercício de função pública não consubstancia causa suficiente de neutralização do risco de cometimento de novos delitos, notadamente na hipótese em que se noticia a realização e continuidade de infrações que não pressupõem condição especial do sujeito ativo, como é o caso do delito de lavagem de bens.

(HC 143333, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 20-03-2019 PUBLIC 21-03-2019)

HABEAS CORPUS. ARTIGOS 242 E 242, § 1º C/C ART. 70, INCISO II ALÍNEA "G", TODOS DO CÓDIGO PENAL MILITAR. REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. **AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E CONTEMPORANEIDADE QUE NÃO SE VERIFICA. IMPROCEDÊNCIA.** (...) **Ausência de contemporaneidade que não se verifica, uma vez que as informações acerca das ameaças foram obtidas em setembro e outubro de 2018, as interceptações telefônicas ocorreram entre dezembro de 2018 e junho de 2019, e a denúncia foi recebida em 01/08/2019,** ocasião em que foi decretada a prisão preventiva do paciente. Ademais, consta nos autos do habeas corpus nº 0076494-37.2019.8.19.0000, de minha relatoria, que o ora paciente foi denunciado no processo nº 0280818-20.2018.8.19.0001, **pelo crime de associação criminosa (artigo 288 do Código Penal),** por fatos correlatos aos apurados no feito que desafiou este writ, ressaltando que a magistrada de piso deferiu o compartilhamento de provas produzidas entre os feitos diante da forte relação probatória existentes entre as duas ações.

(0066787-45.2019.8.19.0000 - HABEAS CORPUS. Des(a). PAULO SÉRGIO RANGEL DO NASCIMENTO - Julgamento: 17/12/2019 - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. OPERAÇÃO SINAPSE. 1. A natureza excepcional da prisão preventiva, como medida cautelar, reclama a presença de elementos concretos e contemporâneos que demonstrem a presença dos pressupostos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal. (...) 3. **A ausência de revelação de novos ilícitos (rectius: atuais) que teriam contado com a participação dos pacientes, ainda que indiretamente (porque recolhidos à prisão), aliada à inexistência de elementos a indicar que as entidades investigadas possuam outros contratos em vigor com o poder público, para além daqueles já alcançados pelas medidas cautelares adotadas na origem, faz esvanecer, neste momento, o risco de prática de novos ilícitos.** 4. Nada obstante, a prisão segue sendo a única medida eficaz para evitar que os envolvidos com participação mais proeminente no suposto esquema, dentre os quais os pacientes, poderão interferir na prova cuja colheita está em andamento, tendo em vista o contexto a partir do qual restou imputada a existência de uma verdadeira organização criminosa, sendo irrelevante o fato de já ter havido a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação. 5. Ordem denegada. (TRF4, HC 5028610-84.2013.4.04.0000, OITAVA TURMA, Relator VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, juntado aos autos em 18/02/2014)

3. **A complexidade e as dimensões das investigações relacionadas com a denominada "Operação Lava-Jato", os reflexos extremamente nocivos decorrentes da infiltração de grande grupo criminoso em sociedade de economia mista federal, bem como o desvio de quantias nunca antes percebidas, revela a necessidade de releitura da jurisprudência até então intocada, de modo a estabelecer novos parâmetros interpretativos para a prisão preventiva, adequados às circunstâncias do caso e ao meio social contemporâneo aos fatos.** (...) Havendo fortes indícios da participação do paciente em "organização criminosa", em crimes de "corrupção passiva" e de "lavagem de capitais", todos relacionados com fraudes em contratos públicos dos quais resultaram vultosos prejuízos a sociedade de economia mista e, na mesma proporção, em seu enriquecimento ilícito e de terceiros, justifica-se a decretação da prisão

preventiva, para a garantia da ordem pública (STJ/HC nº 302.604/RP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, QUINTA TURMA, julg. 24/11/2014 (TRF4, HC 5045442-90.2016.4.04.0000, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, juntado aos autos em 15/12/2016)

Em relação a ementa acima, deve-se ressaltar que há mais de vinte julgados com idêntica indexação, todos de relatoria do Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. Causa espécie que na própria decisão seja sugerido a revisão da jurisprudência intocada para se desenvolver novas formas de estabelecer o que é contemporâneo.

3.2.4 Substituição de prisões cautelares por cautelares alternativas

Consoante exposto no artigo 319 do Código de Processo Penal, há previsão de medidas cautelares alternativas à prisão, devendo estas serem adotadas se houver cabimento, preferencialmente à decretação de medida mais gravosa, qual seja a prisão preventiva:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE QUE PERMANECEU EM LIBERDADE DURANTE TODA INVESTIGAÇÃO POLICIAL. FATO OCORRIDO EM 2016. PRISÃO DECRETADA QUASE UM ANO APÓS OS FATOS. AUSÊNCIA DE FATOS SUPERVENIENTES QUE RECOMENDASSEM A SEGREGAÇÃO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS COM A MESMA EFICIÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. ORDEM CONCEDIDA.

Para a decretação da prisão preventiva, não se exige prova concludente da autoria delitiva, reservada à condenação criminal, mas apenas indícios suficientes desta. Precedentes. Os Tribunais Superiores reforçam o entendimento de que a **prisão cautelar impõe a contemporaneidade dos fatos justificadores aos riscos que se pretende evitar com a prisão.** (...). Inexistência de prisão temporária no decorrer das investigações. Fato ocorrido em 19/10/2016 e prisão preventiva decretada quase um ano após, em 28/08/2017, não se vislumbrando qualquer risco para a aplicação da lei penal ou para a instrução criminal. Ordem concedida, para substituir a prisão preventiva pelas medidas cautelares diversas da prisão, presentes no artigo 319, incisos I, III e IV, do Código de Processo Penal, expedindo-se alvará de soltura. Unânime.

(0052714-39.2017.8.19.0000 - HABEAS CORPUS. Des(a). ANTONIO CARLOS NASCIMENTO AMADO - Julgamento: 07/11/2017 - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL)

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 691/STF. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA. SITUAÇÃO DE FATO QUE PERMITE A SUPERAÇÃO DO VERBETE. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRETENDIDA REVOGAÇÃO DA PRISÃO OU SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. ART. 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRICÇÃO FUNDADA NA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO PENAL. INSUBSISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE DO DECRETO PRISIONAL NESSE ASPECTO. GRAVIDADE EM ABSTRATO DAS CONDUTAS INVOCADAS. INADMISSIBILIDADE. HIPÓTESE EM QUE AS MEDIDAS CAUTELARES

DIVERSAS DA PRISÃO MOSTRAM-SE SUFICIENTES PARA OBVIAR O PERICULUM LIBERTATIS RECONHECIDO NA ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA PARA SUBSTITUIR A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE POR OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES.

(HC 156600, Relator(a): GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 25/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-203 DIVULG 18-09-2019 PUBLIC 19-09-2019)

(...) 6. Ilegitimidade da justificação do periculum libertatis. Risco presumido de reiteração não amparado em elementos concretos. **Ausência de contemporaneidade.**

7. Suficiência das medidas cautelares diversas. 8. Ordem de habeas corpus concedida para revogar a prisão preventiva e impor medidas cautelares diversas.

(HC 169119, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-192 DIVULG 31-07-2020 PUBLIC 03-08-2020)

3.2.5 Afastamento da alegação de ausência da contemporaneidade pela gravidade das circunstâncias que revolvem a conduta

Embora acima tenha-se julgado de 2020 do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a gravidade da conduta não é suficiente para mitigar a falta de atualidade da constrição cautelar, muitos são os resultados recentes no sentido da inobservância do requisito temporal e diversos tribunais:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PREVENTIVA. **GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA.** ANÁLISE DOS REQUISITOS. ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. PRAZO NÃO PEREMPTÓRIO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO COM RECOMENDAÇÃO. 4. **Acerca da contemporaneidade da medida extrema,** como bem destacado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, no julgamento do HC n.º 661.801/SP, "a Suprema Corte entende que diz respeito aos motivos ensejadores da prisão preventiva e não ao momento da prática supostamente criminosa em si, ou seja, é desimportante que o fato ilícito tenha sido praticado há lapso temporal longínquo, sendo necessária, no entanto, a efetiva demonstração de que, mesmo com o transcurso de tal período, continuam presentes os requisitos (i) do risco à ordem pública ou (ii) à ordem econômica, (iii) da conveniência da instrução ou, ainda, (iv) da necessidade de assegurar a aplicação da lei penal" (AgR no HC n.º 190.028, Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 11/2/2021) (HC n.º 661.801/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/6/2021, DJe 25/6/2021)

(AgRg no RHC 151.044/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021)

HABEAS CORPUS. IMPUTAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 217-A, C/C ART. 226, II, POR DIVERSAS VEZES, N/F DO ART. 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL. ADUZ A IMPETRANTE, EM APERTADA SÍNTESE, QUE O PACIENTE ESTARIA SUBMETIDO A CONSTRANGIMENTO ILEGAL, ARGUMENTANDO: 1) OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CONTEMPORANEIDADE E NÃO CULPABILIDADE; 2) AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA DECISÃO DE DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR; e 3) AS CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. WRIT CONHECIDO COM A DENEGAÇÃO DA ORDEM.

Frise-se, outrossim, que, além de elencada a conduta de estupro de vulnerável como crime hediondo, o delito imputado ao paciente apresenta pena de reclusão máxima cominada, em abstrato, superior a 04 (quatro) anos, estando presentes, ainda, os requisitos genéricos das medidas cautelares, previstos nos incisos. I e II do artigo 282 do CPP (sendo um deles evitar a prática de infrações penais), aliados à gravidade, em concreto, do crime e as circunstâncias dos fatos, somados a alguns dos pressupostos específicos insertos no artigo 312 do mesmo diploma legal, o que autoriza a decretação e manutenção da custódia cautelar, conforme preceituam os já citados dispositivos legais, além do art. 313, I também do CPP. (0072622-77.2020.8.19.0000 - HABEAS CORPUS. Des(a). ELIZABETE ALVES DE AGUIAR - Julgamento: 09/12/2020 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL)

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 41 E 43, CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. JUSTA CAUSA. ART. 316, CP. DENÚNCIA OFERECIDA, AINDA NÃO RECEBIDA. DENEGAÇÃO.

2. Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. A maior complexidade das relações sociais, bem como a verificação da crescente sofisticação das práticas delituosas mais graves, inclusive com o desenvolvimento de atividades por organizações criminosas, fazem com que seja fundamental reconhecer a indispensabilidade de sopesar os vários interesses, direitos e princípios envolvidos no contexto fático e social subjacente.

3.2.6 Manutenção da prisão pela garantia da ordem pública

Da leitura do julgado abaixo, recente, é possível extrair não só o problema da falta de delimitação do que se entende por garantia da ordem pública, como esmiuçado no capítulo anterior, mas sua utilização para inclusive cumprir o requisito temporal, como se a garantia da ordem pública conferisse atualidade à medida, leia-se:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA POR OCASIÃO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL, MANTIDA AO SER PROLATADA A SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PLEITO DE LIBERDADE SOB A ALEGAÇÃO DE QUE NÃO ESTÃO PRESENTES MOTIVOS ENSEJADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR, AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE, EXCESSO DE PRAZO E APLICAÇÃO DA RECOMENDAÇÃO N.º 62/2020 DO CNJ EM RAZÃO DA PANDEMIA DA COVID-19. **Destaque-se, que a necessidade de garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal, como demonstrado acima, conferem atualidade à custódia, não havendo que se falar em ausência de contemporaneidade**

(0074011-97.2020.8.19.0000 - HABEAS CORPUS. Des(a). GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA - Julgamento: 09/12/2020 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL)

3.3 RESULTADO EM NÚMEROS

Para fins de dimensão do objeto, colaciona-se a seguir tabela com dados referentes à pesquisa jurisprudencial.

TRIBUNAIS	STF	STJ	TRF-2	TRF-4	TJRJ
Total de resultados da busca	97	995	133	282	884
Ano do primeiro julgado sobre o tema	2008	2014	2007	2013	2017
1º Ano com mais resultados	2019	2019 (449)	2019 (35)	2018	2020 (468)
2º. Ano com mais resultados	2020	2020	2020 (28)	2019	2019 (115)

Fonte: Elaborado pela autora, 2021.

Da leitura da tabela elaborada, destaca-se o dado quantitativo do ano com maior incidência de resultados da pesquisa (linha 3), cujo exame conjunta possibilita identificar o crescimento acentuado dos julgados sobre o tema a partir de 2019.

Por óbvio, deve-se considerar para a interpretação de tal informação o aumento da taxa anual de julgamentos, de maneira geral, devido às implementações tecnológicas e outras medidas adotadas pelo Judiciário de incentivo à celeridade processual.²⁶ Feita a ressalva, o dado permanece importante para a presente investigação.

²⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**, 2020.

CAPÍTULO 4 – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA COLETADA E RESULTADO DA PESQUISA

Ao examinar a jurisprudência pátria no tocante ao requisito da contemporaneidade e, primordialmente, as teses defendidas na justificação de tais decisões, verifica-se a presença de elementos que influenciam diretamente os resultados.

Cumprido no presente capítulo elencar quais os componentes jurídicos que se identificam na formação e alteração do juízo sobre a manutenção das prisões cautelares.

O critério utilizado para o agrupamento dos julgados expostos acima foram os argumentos jurídicos trazidos pelos magistrados. De forma tal, cabe o exame destes fundamentos a fim de se delinear quais os conceitos processuais que os alicerçam.

Primeiramente, denota-se a impossibilidade de cravar com exatidão um marco temporal de mudança na forma de julgar. O resultado permite somente o exame da forma como se julga, resta, portanto, falha a tentativa de estabelecer uma única relação de causalidade entre um evento e a alteração do entendimento das Cortes.

Contudo, fica evidente que a divergência dos resultados pôde ser verificada. Em especial, sobre esse ponto, há de se destacar a leitura comparada de julgados conflitantes quanto ao requisito em evidência, mas da mesma Turma ou Câmara.

A conclusão inicial vislumbrada pela pesquisa é a constatação de movimento sutil no posicionamento dos Tribunais, assumindo em (i) primeiro momento caráter mais garantista; subsequentemente, seu (ii) recuo à posição mais punitiva e arbitrária e, por fim, em cenário mais recente, (iii) o retorno gradual à observância dos preceitos processuais.

Elenca-se, em sequência, os elementos verificados em cada uma dessas fases, objetivando, ao final, conseguir estabelecer suas razões.

4.1 PRIMEIRA FASE: POSIÇÃO GARANTISTA

Verifica-se a observância do requisito em julgados de todos os Tribunais – à exceção do Tribunal Regional Federal da 4a. Região –, inclusive, pela vigência de entendimento sedimentado pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Nefi Cordeiro no HC 166.271/AL, postulado no verbete: “a urgência intrínseca da prisão preventiva impõe a contemporaneidade dos fatos justificadores aos riscos que se pretende com a prisão evitar”.

Nesta fase, muitas são as decisões que se debruçam sobre a verificação do requisito à luz dos princípios do processo penal, conforme abordado no capítulo 2, item 2.3. Há atenção ao conceito do *periculum libertatis* e a sua indispensável pungência no que concerne ao risco.

Quanto ao requisito temporal da contemporaneidade em sentido estrito, da coletânea dos julgados, percebe-se a fixação de prazo razoável em período que revolve em torno de um ano. Importa para a apuração em determinados casos, (i) a data dos fatos e o momento de decretação da prisão preventiva, bem como a (ii) data da ciência pela autoridade policial ou do órgão acusatório e identificação da possível autoria.

A delimitação de tal prazo, com base na duração razoável do processo, de forma convencional, importa em relevante parâmetro para a solidificação da jurisprudência no assunto. O fortalecimento de tais julgados e sua repetição permite a consolidação do conceito, de modo a dirimir eventuais ilegalidades e decretações de prisões arbitrárias.

A importância da força jurisprudencial na fixação de tais prazos é fundamental para a normatividade do que se entende por excesso de prazo em casos revolvendo a matéria. Contudo, são raras as ocorrências de tal fenômeno em matéria penal, na qual há constantemente a flexibilização da rigidez temporal pela complexidade e magnitude dos fatos.

Na mesma esteira, do entendimento garantista esboçado pelas ementas acostadas, também se denota a definição do conceito de contemporaneidade alinhada à noção exarada por Aury Lopes Jr. sobre o “Princípio da Atualidade do Perigo”²⁷. Nesse sentido, não se trata de análise meramente objetiva sobre o tempo transcorrido, mas com especial relevo às

²⁷ LOPES JR. Aury. op. cit., p. 995.

circunstâncias atinentes ao cometimento do delito apurado e sua manutenção. Coaduna-se a tal juízo, além do princípio da atualidade, a necessidade de averiguar a concreta comprovação do perigo atrelado à liberdade do agente, em observância ao princípio da probabilidade.

Nesse sentido, os julgados atentam para as especificidades do caso, de maneira criteriosa, deliberando acerca da capacidade de se aferir real possibilidade de reiteração delitiva ou de ameaça ao prosseguimento da ação penal. O juízo que se vislumbra em decisões acerca de medidas tão gravosas como a segregação prisional, deve-se ater as implicações do delito que se apura, as exigências para seu cometimento, as características pessoais do agente e suas práticas durante o período transcorrido, em consonância ao que preconiza o artigo 282 do Código de Processo Penal.

Mais que isso, é imperioso que a decisão encare a finalidade que se quer atingir com a medida constritiva, cujos efeitos devem ser alcançados pela imposição da medida de menor lesividade, de modo a assegurar o princípio da razoabilidade.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas **observando-se a:**

I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - , circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

A título de exemplo, leia-se:

Não seria a prisão do paciente que solucionaria o rastreamento do dinheiro ou evitaria a dissipação dele, pois que o próprio longo tempo decorrido, por si só, seria o fator embaraçador e não a liberdade do réu. Para alcançar a finalidade de ressarcimento, a lei dispõe de outras alternativas. Não cabe presumir que o paciente poderá colocar em risco a integridade física de testemunhas ou isenção destas para depor, porquanto tal não o fez ao longo de 8 anos. Não há como se arriscar a dizer que fatos tão longínquos datados de 2008 possam tornar a ocorrer futuramente, do contrário, estar-se-á banalizando prisão preventiva. Onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito. Havendo a peculiaridade local que impõe ao paciente a necessidade de realizar curtos deslocamentos entre cidades próximas, em especial em razão de o paciente residir em Comarca diversa daquela na qual é processada a ação penal, é adequado permitir que o paciente possa ausentar-se da Comarca de São Fidélis, por prazo não superior a 5 dias, sem autorização judicial. Concessão da ordem.

(0016994-11.2017.8.19.0000 - HABEAS CORPUS. Des(a). MÔNICA TOLLEDO DE OLIVEIRA - Julgamento: 06/06/2017 - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL)

No que concerne ao compromisso de se resguardar as garantias constitucionais, evidencia-se o posicionamento que atenta ao basilar princípio da presunção de inocência. Nesse contexto, destaca-se fundamento utilizado pelos magistrados quanto a vedação da antecipação da pena. Preceito este abarcado pelo artigo 283 do Código de Processo Penal e pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII.

Como já esboçado, não cabe no devido processo legal o uso das prisões cautelares como medida de antecipar a punição, uma vez que a função da segregação assecuratória é de natureza preventiva e não punitiva. Entendimento este sedimentado pela jurisprudência acostada, com maior incidência em casos nos quais a representação pela prisão cautelar tenha se dado em data posterior ao início da fase investigativa ou da instrução criminal.

Quanto a este ponto, percebe-se impacto na forma de julgar pela alteração do entendimento sobre a possibilidade de se decretar a prisão antes do trânsito em julgado da condenação. Inicialmente, entendia-se cabível a de execução provisória da pena, a qual não importaria em violação constitucional, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal (HC 122.292/MG, de 17/02/2016) e acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça (EDcl no REsp 1.484.413/DF e REsp 1.484.415/DF, ambos de 03/03/2016).²⁸

Posteriormente, em sentido contrário, foi fixada a tese de vedação a tal prática, também em julgamento conduzido no ano de 2016. De modo tal, vigora novamente o entendimento de que resta incabível a execução antecipada por incorrer em latente violação da presunção de inocência. Colaciona-se julgado em tal sentido:

Habeas corpus. Processual Penal. Prisão preventiva. Artigo 312 do Código de Processo Penal. Pretendida revogação da prisão ou da substituição por medidas cautelares diversas. Artigo 319 do Código de Processo Penal. Superveniência de sentença penal condenatória em que se mantém segregação cautelar com remissão a fundamentos do decreto originário. **Construção fundada exclusivamente na garantia da ordem pública. Aventado risco de reiteração delitiva. Insubsistência. Ausência de contemporaneidade do decreto prisional nesse aspecto.** Gravidade em abstrato das condutas invocada. Inadmissibilidade. Precedente específico de correu na mesma ação penal. Hipótese em que as medidas cautelares diversas da prisão, se mostram suficientes para obviar o periculum libertatis reconhecido na

²⁸ “Não obstante, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 122.292/MG, de 17/2/2016), fixou recente entendimento de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola o constitucional princípio da presunção de inocência, e a Sexta Turma desta Corte, adotou esta orientação, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e no REsp 1.484.415/DF, na sessão de 3/3/2016. 2. Habeas corpus denegado, cassando a liminar e pedidos de extensão antes deferidos.” (HC 325.455/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2016, DJe 03/08/2016)

espécie. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva do paciente por outras medidas cautelares, a serem estabelecidas pelo juízo de origem. (...) IV – No caso sub judice o fundamento da manutenção da custódia cautelar exclusivamente na preservação da ordem pública mostra-se frágil, porquanto, de acordo com o que se colhe nos autos, a alegada conduta criminosa ocorreu entre o início de 2009 e 15.07.2013, havendo, portanto, um lapso temporal de mais de 3 anos entre a data da última prática criminosa e o encarceramento do paciente, tudo a indicar a ausência de contemporaneidade entre os fatos a ele imputados e a data em que foi decretada a sua prisão preventiva. V – Assim, em verdade, a prisão preventiva objeto destes autos, mantida em sentença por simples remição ao decreto de prisão e sem verticalização de fundamentos, está ancorada em presunções tiradas da gravidade abstrata dos crimes em tese praticados e não em elementos concretos dos autos, o que, por si só, não evidencia o risco de reiteração criminosa. (...). VII – Nesse diapasão, tomando-se como parâmetro o que já foi decidido por esta 2ª Turma no HC 137.728/PR e levando-se em consideração os demais elementos concretos extraídos dos autos, a utilização das medidas alternativas descritas no art. 319 do CPP é adequada e suficiente para, a um só tempo, garantir-se que o paciente não voltará a delinquir e preservar-se a presunção de inocência descrita no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, sem o cumprimento antecipado da pena. VIII – Não sendo assim, a prisão acaba representando, na prática, uma punição antecipada, sem a observância do devido processo e em desrespeito ao que foi determinado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. IX – Habeas corpus concedido para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares dela diversas (CPP, art. 319), a serem estabelecidas pelo juízo de origem.
(STF, HC 138850 / PR, Min. Rel. Edson Fachin, DJe 09.03.2018)

Cabe destacar, de igual maneira, as decisões de cunho contrário à mitigação do requisito da contemporaneidade pela gravidade do delito. Relembra-se quanto a este ponto que o juízo cautelar deve ter como norte o que se pretende pelo processo, sendo indesejada a valoração das circunstâncias do crime cometido, pois não se trata de momento de aplicação da pena.

Como exposto em item próprio, o embasamento decisório na gravidade da conduta dialoga com a cautela indispensável sob a qual deve-se enfrentar o vago conceito de garantia da ordem pública. Apesar da importância das decisões na formação e manutenção do que se entende por segurança jurídica, esta não pode ser confundida com a submissão à opinião popular.

Muito embora seja fundamental cumprir com as noções de justiça, o Poder Judiciário não é vassalo do desejo social, uma vez que a prerrogativa punitiva é restrita ao Estado. Incabível se faz, nesse sentido, a sobreposição da gravidade da conduta supostamente praticada aos demais princípios processuais que se deve verificar.

Brilhante julgado do Ministro Teori Zavascki especialmente sobre o que se discute:

4. No que se refere à garantia da instrução criminal, a prisão preventiva exauriu sua finalidade. Não mais subsistindo risco de interferência na produção probatória requerida pelo titular da ação penal, não se justifica, sob esse fundamento, a manutenção da custódia cautelar. Precedentes.

5. **A jurisprudência desta Corte, em reiterados pronunciamentos, tem afirmado que, por mais graves e reprováveis que sejam as condutas supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar.** De igual modo, o Supremo Tribunal Federal tem orientação segura de que, em princípio, não se pode legitimar a decretação da prisão preventiva unicamente com o argumento da credibilidade das instituições públicas, **“nem a repercussão nacional de certo episódio, nem o sentimento de indignação da sociedade”** (HC 101537, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 14-11-2011).

6. Não se nega que a sociedade tem justificadas e sobradas razões para se indignar com notícias de cometimento de crimes como os aqui indicados e de esperar uma adequada resposta do Estado, no sentido de identificar e punir os responsáveis. Todavia, a sociedade saberá também compreender que a credibilidade das instituições, especialmente do Poder Judiciário, somente se fortalecerá na exata medida em que for capaz de manter o regime de estrito cumprimento da lei, seja na apuração e no julgamento desses graves delitos, seja na preservação dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do direito a ampla defesa e do devido processo legal, no âmbito dos quais se insere também o da vedação de prisões provisórias fora dos estritos casos autorizados pelo legislador. (HC 127.186/PR. Rel. Min. Teori Zavascki. DJe 28/04/2015)²⁹

Por fim, cabe também indicar aqueles julgados que, em respeito à legalidade e ao que determina a legislação revogam a prisão preventiva pela carência de fundamentação da decisão que a tenha decretado.

A importância da decisão fundamentada que impõe a constrição da liberdade é garantia constitucional, contra a qual não cabe sua flexibilização. Com maior relevo, tal máxima faz-se imperativa no caso das prisões cautelares pois a análise aprofundada da existência dos requisitos indispensáveis à decretação de tal medida é mandatória.

4.1.1 As medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal

Especial destaque há de ser feito com base nas decisões que determinam a substituição da prisão preventiva pelas medidas cabíveis previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Como bem abordado no segundo capítulo em tópico próprio, a aplicação das cautelares diversas à prisão constitui importante elemento do processo penal, refletindo o princípio da legalidade.

²⁹ Vale pontuar que tal julgado foi proferido em ação penal deflagrada no bojo da Operação Lava-Jato.

Tendo em vista que o procedimento penal é calcado pelo embate entre o *ius puniendi* do qual goza o Estado e o indivíduo, a finalidade da sua aplicação é de suprema importância.³⁰ Mais do que a mera justificativa para a realização dos atos repressivos, é necessária a explanação da motivação da decisão e, sobretudo, da demonstração de que outras medidas menos gravosas não bastam ao que se pretende.

Assim, cabe dar lastro a presença de julgados que determinam a substituição da prisão preventiva pelas medidas cautelares cabíveis. Para tanto, requer-se que a decisão se volte para os elementos particulares do caso. O rol de cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal é abrangente e, conseqüentemente, capaz de satisfazer grande parte das necessidades preventivas à persecução penal.

Para efeitos de retratar o afirmado, destacam-se os julgados acostados no tópico 2.3.4 do presente trabalho que decidem pela suficiência da aplicação das medidas cautelares. Sobre o aludido:

É assente na jurisprudência que fatos antigos não autorizam a prisão preventiva, sob pena de esvaziamento da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF). (...) No caso, o decurso de relevante período de tempo, aproximadamente 5 (cinco) anos, entre a data dos supostos crimes cometidos e a decisão que decretou a prisão preventiva descaracterizam a alegada contemporaneidade dos delitos que justificaria a prisão com base na garantia da ordem pública e de aplicação da lei penal. Destaque-se que com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, **nos termos da nova redação do art. 319 do CPP, o juiz passa a dispor de outras medidas cautelares diversas da prisão, admitindo, diante das circunstâncias do caso concreto, que seja escolhida a medida mais adequada à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do acusado, de modo a garantir a aplicação da lei penal, a realização da instrução criminal e evitar a reiteração delitiva, sem se utilizar da medida mais extrema e invasiva da prisão.** Dessa forma, o perigo que a liberdade do paciente representa à ordem pública ou à aplicação da lei penal pode ser mitigado por medidas cautelares menos gravosas. Ante o exposto, **defiro a liminar, para substituir a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente pelas seguintes medidas cautelares:** a) fiança, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais); a) proibição de se ausentar do País, mediante a entrega de todos os seus passaportes à Secretaria do Juízo; e b) proibição de manter contato com os demais investigados.” (STF, HC 169.959/RJ, Min. Rel. Gilmar Mendes, DJe 02.05.2019)

³⁰ **AMBITO Jurídico.** A decretação da prisão preventiva sem a observância detalhada dos requisitos, e as conseqüências no sistema prisional. Online, 2017.

4.2 SEGUNDA FASE: RECUO PUNITIVO

A segunda fase terá por objetivo o exame dos julgados que concluem pela inobservância do requisito da contemporaneidade. Serão elencados os fundamentos utilizados para a mitigação da indispensabilidade dos requisitos para se demonstrar quais as garantias processuais e constitucionais que estão sendo ameaçadas.

De início, há de se adereçar ao resultado encontrado pela busca ao Tribunal Regional Federal da 4^a. Região. Cediço o protagonismo de tal Juízo na Operação Lava-Jato, não menos espantoso se faz o conteúdo dos *decisuns*.

Para ilustrar a natureza do argumento, cumpre reproduzir julgamento proferido pelo Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto:

“OPERAÇÃO LAVA-JATO”. HABEAS CORPUS. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. CORRUPÇÃO. CARTEL DE LICITAÇÕES. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. LAVAGEM DE DINHEIRO. COMPLEXO ENVOLVIMENTO DO CRIMINOSO. NOVOS PARADIGMAS.

1. A prisão provisória é medida rigorosa que, no entanto, se justifica nas hipóteses em que presente a necessidade, real e concreta, para tanto.

2. Para a decretação da prisão preventiva é imprescindível a presença do *fumus commissi delicti*, ou seja, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, bem como do *periculum libertatis*, risco à ordem pública, à instrução ou à aplicação da lei penal.

3. A complexidade e as dimensões das investigações relacionadas com a denominada "Operação Lava-Jato", os reflexos extremamente nocivos decorrentes da infiltração de grande grupo criminoso em sociedade de economia mista federal, bem como o desvio de quantias nunca antes percebidas, revela a necessidade de releitura da jurisprudência até então intocada, de modo a estabelecer novos parâmetros interpretativos para a prisão preventiva, adequados às circunstâncias do caso e ao meio social contemporâneo aos fatos.

4. Em grupo criminoso complexo e de grandes dimensões, a prisão cautelar deve ser reservada aos investigados que, pelos indícios colhidos, possuem o domínio do fato, como os representantes das empresas envolvidas no esquema de cartelização, ou que exercem papel importante na engrenagem criminosa.

5. Havendo fortes indícios da participação do paciente em "organização criminosa", em crimes de "corrupção passiva" e de "lavagem de capitais", todos relacionados com fraudes em contratos públicos dos quais resultaram vultosos prejuízos a sociedade de economia mista e, na mesma proporção, em seu enriquecimento ilícito e de terceiros, justifica-se a decretação da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública (STJ/HC nº 302.604/RP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, QUINTA TURMA, julg. 24/11/2014).

6. A teor do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, é indevida a aplicação de medidas cautelares diversas, quando a segregação encontra-se justificada na periculosidade social do denunciado, dada a probabilidade efetiva de continuidade no cometimento da grave infração denunciada (RHC 50.924/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 23/10/2014).

7. Ordem de habeas corpus denegada.
(TRF4, HC 5045442-90.2016.4.04.0000, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO
GEBRAN NETO, juntado aos autos em 15/12/2016)

Além da já apontada ausência de aprofundado juízo sobre os elementos para a real determinação de cumprimento dos requisitos indispensáveis, a decisão, além de silente, sugere seja criado método novo para a aferição da contemporaneidade.

Ora, a sugestão, por si só, infere que o Magistrado acredita que os requisitos vigentes permitem a confirmação da contemporaneidade dos fatos – o que, via de regra, denota a falta da verificação que se pretendia. Assim, a decisão é transparente ao afirmar que mesmo sem a possibilidade de observância da contemporaneidade, a prisão deve ser mantida.

Indo além, o Magistrado dispõe sobre a “**necessidade de releitura da jurisprudência** até então intocada, de modo a **estabelecer novos parâmetros interpretativos para a prisão preventiva**” (grifos da autora).

Cabe aqui paralelo com o que se inferiu no tópico anterior quanto ao fato de que as decisões, nas palavras do Ministro Marco Aurélio, não podem ser motivadas “nem a repercussão nacional de certo episódio, nem o sentimento de indignação da sociedade”.³¹

Em complemento ao exposto sobre a banalização do uso das prisões preventivas e sua execução por meio de decisões eivadas de vícios, cabe registrar, novamente, que a decisão trasladada acima teve sua reprodução em idêntico teor em mais de vinte processos de relatoria do referido Magistrado.

Em igual sentido, sobre a mitigação da contemporaneidade, cabe colacionar mais um julgado cuja fundamentação se restringe a redução da importância do requisito:

3. O impetrante sustenta a presença de constrangimento ilegal devido ao alegado excesso de prazo existente na prisão preventiva do paciente

4. **É importante registrar que, na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5o, da Constituição Federal**, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. **A maior complexidade das relações sociais**, bem como a verificação da **crescente sofisticação das práticas delituosas** mais graves, inclusive com o desenvolvimento de atividades por organizações

³¹ HC 101537, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 14-11-2011.

criminosas, **fazem com que seja fundamental reconhecer a indispensabilidade de sopesar os vários interesses, direitos e princípios envolvidos no contexto fático e social subjacente.** (TRF-2. HC 2007.02.01.006132-2. Juiz Convocado GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA. DJe 21/06/07)

É em meio a tal contexto de relativização da indispensabilidade que se desenha o vácuo para o crescimento das práticas processuais carentes de amparo legal.

Nesse sentido, cumpre elencar alguns argumentos apontados ante à flexibilização do que se verifica por contemporaneidade.

4.2.1 Gravidade da conduta e reprovabilidade social

Como já abordado anteriormente, faz-se comum a ocorrência do argumento de dispensa da contemporaneidade ante à gravidade da conduta investigada no bojo da ação penal. Neste ponto, são indicados a fim da garantia da ordem pública, a reprovabilidade da conduta, o meio empregado, a atrocidade do crime cometido, o impacto social do acontecimento, dentre outros.

HABEAS CORPUS. IMPUTAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 217-A, C/C ART. 226, II, POR DIVERSAS VEZES, N/F DO ART. 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL. ADUZ A IMPETRANTE, EM APERTADA SÍNTESE, QUE O PACIENTE ESTARIA SUBMETIDO A CONSTRANGIMENTO ILEGAL, ARGUMENTANDO: 1) OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CONTEMPORANEIDADE E NÃO CULPABILIDADE; 2) AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA DECISÃO DE DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR; e 3) AS CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. WRIT CONHECIDO COM A DENEGAÇÃO DA ORDEM.

Frise-se, outrossim, que, além de elencada a conduta de estupro de vulnerável como crime hediondo, o delito imputado ao paciente apresenta pena de reclusão máxima cominada, em abstrato, superior a 04 (quatro) anos, estando presentes, ainda, os requisitos genéricos das medidas cautelares, previstos nos incisos. I e II do artigo 282 do CPP (sendo um deles evitar a prática de infrações penais), aliados à gravidade, em concreto, do crime e as circunstâncias dos fatos, somados a alguns dos pressupostos específicos insertos no artigo 312 do mesmo diploma legal, o que autoriza a decretação e manutenção da custódia cautelar, conforme preceituam os já citados dispositivos legais, além do art. 313, I também do CPP. (0072622-77.2020.8.19.0000 - HABEAS CORPUS. Des(a). ELIZABETE ALVES DE AGUIAR - Julgamento: 09/12/2020 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL)

No contexto lavajatista, além da repercussão de proporções inéditas, diversos julgados atentam para a dimensão do crime cometido, principalmente, quanto aos valores exorbitantes oriundos dos delitos de cunho financeiro. A este ponto, impossível a identificação de qualquer lastro processual com a finalidade da medida cautelar.

Cabe expor, mais uma vez, o julgado do Tribunal Regional Federal da 4^a. Região, no que concerne à magnitude da operação em apuração: “**os reflexos extremamente nocivos** decorrentes da infiltração de grande grupo criminoso em sociedade de economia mista federal, bem como **o desvio de quantias nunca antes percebidas**”³².

A violação aos princípios da proporcionalidade e da legalidade é latente, uma vez que não há como equiparar as quantias evadidas com a segregação cautelar. Pelo contrário, as medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, especificamente a de bloqueio de bens e valores tem resultado notadamente mais efetivo sobre a questão.

4.2.2 Complexidade do caso e multiplicidade de réus

Ao contrário do que se desejava quanto à fixação de prazo temporal delimitado para a configuração de excesso de prazo e, por conseguinte, de reconhecimento da ausência de contemporaneidade.

Nos julgados encontrados, o princípio da duração razoável do processo é utilizado para fundamentar a mitigação da necessidade de contemporaneidade. O aparato constitucional é citado como alicerce para a extensão dos prazos, de modo geral, aos quais o Estado está submetido durante o curso da persecução penal.

Ou seja, as decisões fundamentam que pela complexidade das investigações há de se flexibilizar o conceito da atualidade. Como se vê abaixo:

13. As particularidades do caso concreto não permitem o reconhecimento de excesso de prazo na formação da culpa. A despeito da duração da prisão (aproximadamente 1 ano e 8 meses), a pluralidade de acusados, a complexidade da matéria fática em apuração e a extensão da prova oral produzida, inclusive mediante cooperação jurisdicional nacional envolvendo diversos Juízos, revelam que tal dimensão temporal não decorre de desídia das autoridades públicas e é fruto de aspectos específicos da marcha processual, razão pela qual não destoa da duração razoável do processo. 14. Habeas corpus não conhecido.
(HC 143333, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 20-03-2019 PUBLIC 21-03-2019)

³² TRF4, HC 5045442-90.2016.4.04.0000, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, juntado aos autos em 15/12/2016.

Habeas corpus. Prisão preventiva. Furtos qualificados e organização criminosa. “Operação Open Doors”. (...) Presentes os requisitos da prisão preventiva do paciente, hígidos os fundamentos que decretaram sua custódia cautelar, a hipótese não permite a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. **Sobre a contemporaneidade da medida, trata-se de inquérito longo e investigação complexa, cuja apuração dos fatos e identificação dos envolvidos se fez gradativamente, daí porque a custódia provisória não poderia mesmo ocorrer por ocasião do início dos atos executórios.** Quanto à proporcionalidade e homogeneidade da prisão cautelar, não há qualquer violação nesse sentido.

(0053902-33.2018.8.19.0000 - HABEAS CORPUS. Des(a). MÔNICA TOLLEDO DE OLIVEIRA - Julgamento: 11/12/2018 - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL)

Não obstante, a análise de tais decisões indica contradição com a própria natureza da prisão preventiva. O longo período transcorrido para a decretação da prisão preventiva pelo atraso da marcha processual, apresenta conflito quanto ao cerne da medida que se julga, a aferição do *periculum libertatis*.

Se não há, após o decurso de longo período, nenhum fato novo, como se comprova a iminência do risco?

A passagem pacífica do tempo, à contramão do que determina a decisão, corrobora a ideia de que não há incidência do perigo que se busca conter pela aplicação da prisão preventiva. A decisão que não indica fatos novos evidencia a ausência do que se almeja pelo “Princípio da Atualidade do Perigo”.

4.2.3 Associação criminosa como verificador de contemporaneidade

O presente tópico se destina a julgados que não questionam a imprescindibilidade do requisito da contemporaneidade, mas determinam sua verificação pelo simples suposto pertencimento a associação criminosa.

Assim, o leque dos casos em comento abrange desde associação para o tráfico às associações insertas no âmbito dos maxiprocessos. O que se sustenta em tais decisões é que e mera existência da associação criminosa é suficiente para a presunção de perpetuação das práticas delitivas.

Importante pontuar que não se trata necessariamente de crimes cometidos em continuidade delitiva, mas somente a existência do grupo o que ensejaria *per se* a atualidade necessária para a comprovação do perigo presente.

4. Em **grupo criminoso complexo e de grandes dimensões**, a prisão cautelar deve ser reservada aos **investigados que, pelos indícios colhidos, possuem o domínio do fato**, como os representantes das empresas envolvidas no esquema de cartelização, ou que exercem papel importante na engrenagem criminosa.

5. Havendo fortes indícios **da participação do paciente em "organização criminosa", em crimes de "corrupção passiva" e de "lavagem de capitais", todos relacionados com fraudes em contratos públicos dos quais resultaram vultosos prejuízos a sociedade de economia mista e, na mesma proporção, em seu enriquecimento ilícito e de terceiros, justifica-se a decretação da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública** (STJ/HC nº 302.604/RP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, QUINTA TURMA, julg. 24/11/2014). (TRF4, HC 5045442-90.2016.4.04.0000, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, juntado aos autos em 15/12/2016)

Na mesma esteira, cumpre menção ao emprego do mesmo raciocínio aos crimes de natureza permanente:

(...)11. Ademais, o crime de lavagem de bens, direitos ou valores, quando praticado na modalidade ocultação, **é de natureza permanente, protraindo-se sua execução até que os objetos materiais do branqueamento se tornem conhecidos**. A persistência da ocultação, com a consequente ausência de recuperação dos valores objeto de escamoteamento, **confere plausibilidade ao receio de novos atos de lavagem**, bem como **afasta a alegação de ausência de atualidade entre a conduta tida como ilícita e o implemento da medida cautelar gravosa**.

(HC 143333, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 20-03-2019 PUBLIC 21-03-2019)

A adoção de tal entendimento apresenta desconformidade com o devido processo legal. Ao se considerar somente a natureza do crime, o juízo é omissivo quanto aos requisitos previstos para a prisão preventiva.

O não-enfrentamento dos princípios pela incursão na prática de associar-se para o crime não é suficiente para desvelar em quais elementos estão verificados os princípios da contemporaneidade. Afinal, o tipo penal em comento é regido pela necessidade de associação para um fim, qual seja o cometimento de delitos, não havendo, de tal forma, a presunção de perpetuação de tal condição.

Em sentido oposto, caberia justamente ao juízo expor quais os elementos apresentados nos autos que descortinam na atualidade e, conseqüentemente, contemporaneidade dos fatos e do risco que se deve coibir.

4.3 TERCEIRA FASE: FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

O resultado obtido pela pesquisa indica julgados mais recentes que abordam com maior cautela a verificação dos requisitos indispensáveis. De tal modo, há de se considerar quais os motivos que levam a tal fato. Contudo, não é possível pelo resultado afirmar que há novo entendimento, contudo, é positiva a retomada da fundamentação das decisões.

Por meio da análise quantitativa, inegável o aumento de julgamento de feitos atinentes à prisão preventiva e a verificação da contemporaneidade no ano de 2019. Assim, há de se relacionar tal crescimento com a promulgação do Pacote Anti-Crime.

Como se viu no capítulo 2, a legislação em comento introduziu relevantes mudanças para o estudo da contemporaneidade, como (i) a necessidade de decisão justificada e motivada com (ii) indicação de elementos contemporâneos, (iii) o não cabimento da prisão preventiva em crimes cuja pena cominada for inferior a 4 (quatro) anos e (iv) a determinação de que se revise a prisão preventiva decretada após período determinado.

Assim, de início, denota-se que a nova redação apresenta maior exigência quanto ao conteúdo das decisões de decretadas, o que permite maior possibilidade de questionamento de tais decisões.

Ao mesmo passo, a possibilidade de que seja revisitada periodicamente a manutenção da prisão também contribui para o aumento dos pleitos defensivos.

De tal modo, as decisões recentes evidenciam maior rigor quanto à fundamentação e, conseqüentemente, análises mais aprofundadas dos requisitos indispensáveis. Assim, há especialmente nas Cortes Superiores, quantidade significativa de decisões que perpassam o juízo de manutenção com observância dos requisitos.

Considerando a exigência de justificação e motivação das decisões, o que se observa da pesquisa é a presença de julgados que determinam a revogação da prisão preventiva por carência de fundamentação da decisão que a decretou. Portanto, o resultado é positivo, alinhado às obrigatoriedades processuais, ainda que impossibilite o exame do que se pretendia quanto ao requisito da contemporaneidade.

A necessidade de indicação na decisão de elementos contemporâneos, por sua vez, dá material para o presente estudo. Extrai-se de tais decisões a verificação do risco real e da presença de atualidade.

Desta forma, as decisões não se restringem somente ao lapso temporal da contemporaneidade, como abordado anteriormente, mas analisam a pungência das circunstâncias que ensejaram a prisão preventiva ou que seriam necessárias a sua decretação, resta observado, portanto, o princípio da probabilidade.

Além disso, após a alteração legislativa, inaugura-se a discussão acerca do critério de obrigatoriedade de crime cuja pena cominada seja maior do que 4 (quatro) anos para a aplicação da prisão preventiva.

Até o momento inéditas, as decisões devem confirmar a presença desse novo requisito. Em julgados que versam sobre a manutenção da constrição de liberdade, inclusive devido à possibilidade de se revisitar prisões impostas após períodos, há ocorrência de revogação da medida cautelar pelo não cabimento da mesma pois o crime não prevê pena dentro dos moldes necessários.

4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas as análises cabíveis, o que se verifica é que o estudo da fundamentação das decisões tendo o requisito da contemporaneidade como lente é capaz de proporcionar recorte completo sobre a prisão preventiva.

O processo de leitura dos argumentos trazidos pelos Magistrados permite a identificação de diferentes elementos externos ensejadores dos entendimentos ora observados e sua

correlação com os fenômenos histórico-sociais que permeiam o momento no qual as decisões foram proferidas.

Muito embora não seja possível a confirmação da completa inobservância do requisito da contemporaneidade, constatou-se a mudança na forma de julgar.

Nesse sentido, em uma perspectiva macro, pode-se ressaltar três principais fatores cuja influência nas decisões foi visível, quais sejam: (i) a introdução das cautelares diversas da prisão, (ii) a alteração no entendimento sobre a vedação à execução antecipada da pena e (iii) a promulgação do Pacote Anti-Crime.

CONCLUSÃO

A proposta do presente estudo foi de refletir sobre os impactos do quadro histórico de aflorado anseio punitivo, representado pela banalização do uso da prisão preventiva, a luz da análise jurisprudencial da fundamentação de tais prisões quanto ao requisito indispensável da contemporaneidade.

Restou demonstrado o salto na quantidade de prisões preventivas no período compreendido entre 2000 e 2021, bem como a correlação de tal fato ao cenário de deflagração de megaoperações e maxiprocessos, dentre outros marcos da quadro histórico.

Assim, realizou-se pesquisa jurisprudencial extensa constricta ao momento histórico de interesse, por meio da qual foi possível a elaboração de nichos de estudo mais pormenorizado para o exame dos fundamentos utilizados.

Do resultado obtido foi elaborada a análise processual detalhada, em atenção aos princípios norteadores do processo penal que são obrigatórios aos requisitos imprescindíveis à decretação das medidas constrictivas de liberdade, quais sejam o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, como meio investigativo da existência de impacto nas práticas processuais penais.

Foram traçadas duas frentes de influência do processo penal. A primeira quanto aos fatores que diretamente importam em prisões preventivas e a segunda quanto aqueles que atingem o imaginário popular.

Verificou-se, no primeiro grupo, a banalização da aplicação das prisões preventivas como aspecto cultural do contexto das megaoperações, qual seja, a prática jurídica quase que automatizada. Concerne, de tal modo, à provocação das decisões.

Quanto ao segundo, trata-se dos impactos da espetacularização do processo penal e seus reflexos para além da sociedade civil. Assim, podendo ser confirmados nos argumentos abarcados pelas decisões analisadas.

A apuração da forma como são adereçados os princípios da presunção de inocência, da legalidade, da atualidade do perigo, da proporcionalidade e da probabilidade nas decisões nos últimos vinte anos foi capaz de fornecer panorama completo do posicionamento judicial e as alterações de entendimento ocorridas. O espectro formado permitiu a verificação da influência do contexto histórico na forma de julgar.

No que concerne aos reflexos observados nas decisões, faz-se válido remontar ao conceito de “*processo penal de emergência*” cunhado por Luiz Regis Prado, como visto no capítulo dois.³³

Inicialmente, a posição garantista dos Tribunais passou por mudanças intimamente relacionadas aos processos externos. O recuo ao entendimento mais punitivo se deu através da inobservância dos requisitos indispensáveis à decretação da prisão cautelar, de modo tal, as decisões refletiram a ausência de valoração dos princípios basilares do processo penal.

A preocupação que motivou a realização do presente trabalho relaciona-se com a importância do direito de liberdade. Ressalta-se que o poder punitivo do Estado representa a mais gravosa prerrogativa estatal, devendo ser fiscalizada e controlada pelo processo penal. Assim, a inobservância das garantias constitucionais figura risco à segurança jurídica.

Portanto, além de verificar qual o entendimento acerca do assunto, o exame da fundamentação utilizada permitiu constatar a tendência punitiva pela carência das justificativas. Da mesma forma, notório também o impacto das megaoperações na construção argumentativa das decisões.

Merece atenção a comprovação da interferência do momento histórico na jurisprudência pátria. A observância das garantias processuais penais não pode ser abalada, uma vez que é condição irrevogável para a manutenção do estado democrático de direito.

³³ PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. op. cit.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL. *Em nova fase da Lava Jato, Moro defende necessidade de prisões preventivas.* Jornal do Comércio. Online, 2021. Disponível em: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2017/02/politica/548642-em-nova-fase-da-lava-jato-moro-defende-necessidade-de-prisoos-preventivas.html

AMBITO Jurídico. *A decretação da prisão preventiva sem a observância detalhada dos requisitos, e as consequências no sistema prisional,* online, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-decretacao-da-prisao-preventiva-sem-a-observancia-detalhada-dos-requisitos-e-as-consequencias-no-sistema-prisional/>

ANDRADE, V. R. P. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARRETO, A. L. L. A. **Cautelaridade penal ou controle social? Um olhar crítico sobre as prisões cautelares no Brasil.** *Panóptica*, v. 11, n. 1, p. 184-210, jan./jun. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Lei nº 3.689 de 3 de Outubro de 1941.

BRASIL. **Constituição Federal (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei da Prisão Temporária.** Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989.

CANÁRIO, Pedro. Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na "lava jato". *Conjur*, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-28/professores-criticam-parecer-prisao-preventiva-lava-jato>

CASARA, Rubens. *Processo Penal do Espetáculo.* **Justificando**, 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/02/14/processo-penal-espetaculo/>

CONJUR. "*Lava jato*" usava prisão provisória como elemento de tortura, diz Gilmar. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-02/lava-jato-usava-prisao-provisoria-elemento-tortura-gilmar>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 14^a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: Medidas Cautelares no Processo Penal – Prisões e suas alternativas**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. 2014.

GOVERNO FEDERAL. **Levantamento Nacional**, DEPEN- Departamento Penitenciário Nacional. Online. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/bases-de-dados/bases-de-dados>

JUSTI, Adriana. *Lava Jato completa 6 anos com 293 prisões; 'está longe de acabar', diz delegado*, **G1 PR**. Globo, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2020/03/10/lava-jato-completa-6-anos-com-293-prisoas-esta-longo-de-acabar-diz-delegado.ghtml>

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17^a. ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2020.

LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. 2.ed. Rio de Janeiro, 2011.

MINISTÉRIO Público Federal. **Caso Lava Jato**. Conheça a Linha do Tempo. 2021. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>

MINISTÉRIO Público Federal. **Caso Lava Jato**. Resultados. 2021. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 24^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

POLITIZE. *O que aconteceu no escândalo do Mensalão?*, online, 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/mensalao-o-que-aconteceu/>

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. *A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato*, **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. 2020. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/333>

SESTREM, Gabriel. *Como o narcotráfico levou o Rio de Janeiro a uma guerra urbana sem precedentes*. **Gazeta do Povo**, 2021. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/narcotrafico-rio-de-janeiro-guerra-urbana/>