

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

FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES DENEGATÓRIAS DE HABEAS CORPUS
ANÁLISE QUALITATIVA DOS ACÓRDÃOS DA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

ANDERSON LUIZ DE MELO VIANA

Rio de Janeiro

2022

ANDERSON LUIZ DE MELO VIANA

FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES DENEGATÓRIAS DE HABEAS CORPUS
ANÁLISE QUALITATIVA DOS ACÓRDÃOS DA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

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

Rio de Janeiro

2022

CIP - Catalogação na Publicação

d528f de Melo Viana, Anderson Luiz
FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES DENEGATÓRIAS DE HABEAS
CORPUS / Anderson Luiz de Melo Viana. -- Rio de
Janeiro, 2022.
105 f.

Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Prisão Preventiva. 2. Fundamentação. 3.
Decisão Denegatória de Habeas Corpus . 4. Fatos
Novos ou Contemporâneos. 5. Ordem Pública. I.
Eduardo Ramires Santoro, Antonio , orient. II.
Titulo.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

ANDERSON LUIZ DE MELO VIANA

FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES DENEGATÓRIAS DE HABEAS CORPUS
ANÁLISE QUALITATIVA DOS ACÓRDÃOS DA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

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

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Esta monografia é dedicada aos meus pais. É um sentimento indescritível poder dar ao meu pai, que veio do campo, trabalhando desde os nove anos, e à minha mãe, que na minha idade estava ajudando minha avó, vendendo roupas no chão de uma feira, a felicidade de ver um filho graduando em Direito em uma das melhores universidades do país, sendo pública e gratuita. Vocês fazem parte de todas as minhas conquistas. Muito obrigado por tudo.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer aos meus pais, Luiz e Rosiane. Nunca irei me esquecer dos momentos que visitávamos a universidade enquanto eu ainda estava no ensino médio, como se fosse um sonho praticamente inalcançável. Nós lutamos muito para que isso se tornasse realidade. Foram muitas e muitas madrugadas sem dormir. Felizmente, enquanto estávamos no hospital em que eu nasci, recebemos a notícia de que eu tinha conseguido ingressar em um dos cursos mais difíceis em uma das maiores faculdades do país, sendo pública e gratuita. Eu tinha passado para Direito na UFRJ. Graças a vocês, tudo deu certo. Durante esses cinco anos de graduação, passamos por muitas dificuldades, muitos obstáculos, de diversas formas, mas o amor que temos um pelo outro me deu força para continuar seguindo adiante. Ver vocês todos os dias fazendo o possível para que eu consiga atingir meus objetivos é minha maior motivação. Não é possível descrever todo meu sentimento de gratidão aqui, mas é importante que vocês saibam que todos aqueles pequenos momentos ao longo da graduação nos quais vocês me ajudaram (a carona para faculdade, o aviso para me acordar, as “minhas aulas” para me ajudar nos estudos, etc.) nunca serão esquecidos e sempre estarão guardados na minha mente, formando minha personalidade. Por causa de vocês, a trajetória ficou leve. Para sempre, vocês serão meus maiores exemplos de vida.

Por fim, gostaria de agradecer imensamente ao meu orientador Antonio Santoro. O senhor foi uma das minhas maiores inspirações na universidade. Foi fácil e prazeroso aprender Direito Processual Penal assistindo suas aulas. Além disso, sua humildade e simplicidade ao responder às perguntas tornou a disciplina ainda mais instigante e agradável de se aprofundar. Perdão por perturbá-lo por tantas vezes, mas considero cada resposta do senhor uma oportunidade de crescer e amadurecer. Certamente, guardarei cada conselho transmitido. Como o senhor advertiu, caso discorde de uma posição acadêmica, enfrentá-la-ei de forma aprofundada, sem generalizar a seara doutrinária, reconhecendo-a como um campo heterogêneo. Assim como esse, todos os ensinamentos do senhor formarão minha trajetória profissional. Foi um prazer extraordinário mergulhar nas profundezas do mundo jurídico ao seu lado. Muito obrigado.

RESUMO

VIANA, ANDERSON LUIZ DE MELO. **FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES DENEGATÓRIAS DE HABEAS CORPUS: ANÁLISE QUALITATIVA DOS ACÓRDÃOS DA PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL.** Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro. 2022. TCC (Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas) - Faculdade Nacional de Direito - UFRJ, Rio de Janeiro, 2022.

Este estudo teve o objetivo de analisar qualitativamente as decisões denegatórias de habeas corpus impetrado em razão do paciente estar preso preventivamente. O parâmetro para a pesquisa empírica foi o conjunto de decisões prolatadas pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no período de janeiro a novembro de 2022. O objeto da investigação acadêmica foi a forma como a subsunção jurídica é feita na justificação de dois requisitos legais para a decretação da medida cautelar prisional: as finalidades legais da prisão preventiva (art. 312, caput, CPP) e a demonstração de fatos novos ou contemporâneos (art. 315, § 1º, CPP). Para a consecução da finalidade pretendida, foram formulados quesitos que incidiram nas decisões analisadas. Os quesitos indagaram como a subsunção do caso concreto ao termo jurídico, justificante da prisão preventiva, foi fundamentada. A partir disso, os resultados empíricos alcançados demonstraram que, para justificar a finalidade legal, o decisor, fundamentalmente, baseia-se na Ordem Pública, concluindo-a através de determinados argumentos justificantes pormenorizados ao longo da pesquisa. Os outros pressupostos autorizadores, ocasionalmente, aparecem para complementar a Ordem Pública. Acerca da demonstração dos fatos novos ou contemporâneos, o decisor, majoritariamente, não a faz. Contudo, quando faz, dá entendimento diverso à literalidade da norma processual penal, na medida em que inverte o ônus probatório para a defesa, concluindo que ela é a responsável por demonstrar a alteração fática.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Fundamentação. Decisão Denegatória de Habeas Corpus. Fatos Novos ou Contemporâneos. Ordem Pública.

ABSTRACT

VIANA, ANDERSON LUIZ DE MELO. **FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES DENEGATÓRIAS DE HABEAS CORPUS: ANÁLISE QUALITATIVA DOS ACÓRDÃOS DA PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL.** Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro. 2022. TCC (Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas) - Faculdade Nacional de Direito - UFRJ, Rio de Janeiro, 2022.

This study aimed to qualitatively analyze decisions that kept a preventive detention, denying a habeas corpus impetrated. The parameter for the empirical research was the set of decisions issued by the Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro from January to November 2022. The object of the academic investigation was the way in which the legal subsumption is made in the justification of two legal requirements for the enactment of the measure prison precaution: the legal purposes of preventive detention (art. 312, caput, CPP) and the demonstration of new or contemporary facts (art. 315, § 1, CPP). In order to achieve the intended purpose, questions were formulated that influenced the analyzed decisions. The questions asked how the subsumption of the concrete case to the legal term was justified. From this, the empirical results demonstrated that, to justify the legal purpose, the decision-maker, fundamentally, is based on the Public Order, concluding it through certain justifying arguments detailed throughout the research. The other authoritative assumptions occasionally appear to complement the Public Order. Regarding the demonstration of new or contemporary facts, the decision-maker, for the most part, does not do it. However, when it does, it gives a different understanding to the literality of the criminal procedural rule, insofar as it reverses the burden of proof for the defense, concluding that it is responsible for demonstrating the factual change.

Keywords: Preventive Detention. Legal Reasoning. Court Decision. New or Contemporary Facts. Public Order.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 PRISÃO PREVENTIVA	17
1.1 PRISÃO PREVENTIVA COMO ESPÉCIE DE PRISÃO CAUTELAR	17
1.2 PRISÃO PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR	18
1.2.1 Excepcionalidade	19
1.2.2 Legalidade	20
1.2.3 Proporcionalidade	20
1.2.4 Necessidade	21
1.2.5 Jurisdicionalidade	22
1.3 QUEM PODE REQUERER A PRISÃO PREVENTIVA (ART. 311, CPP)	23
1.3.1 Ministério Público	25
1.3.2 Querelante	26
1.3.3 Assistente	26
1.3.4 Autoridade Policial	27
1.4 O QUE A PRISÃO PREVENTIVA VISA GARANTIR (ART. 312, CPP)	28
1.4.1 Garantia da Ordem Pública	29
1.4.2 Garantia da Ordem Econômica	30
1.4.3 Por Conveniência da Instrução Criminal	31
1.4.4 Assegurar a Aplicação da Lei Penal	32

1.5	PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME, INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E PERIGO GERADO PELO ESTADO DE LIBERDADE (ART. 312, CPP)	32
1.6	DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES (ART. 312, § 1º, CPP) ...	33
1.7	A EXISTÊNCIA DE FATOS NOVOS OU CONTEMPORÂNEOS COMO REQUISITO (312, § 2º, CPP)	34
1.8	HIPÓTESES DE CABIMENTO (ART. 313, CPP)	36
1.8.1	Crimes dolosos punidos com pena pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos	37
1.8.2	Se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal	38
1.8.3	Se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência	39
1.8.4	Prisão para identificação civil (Art. 313, § 1º, CPP)	40
1.9	VEDAÇÃO À PRISÃO PREVENTIVA NOS CASOS DE EXCLUDENTES DE ILICITUDE (ART. 314, CPP)	43
1.10	PARÂMETROS LEGAIS PARA A FUNDAMENTAÇÃO DE QUALQUER DECISÃO (ART. 315, CPP)	43
1.11	REVOGAÇÃO, NOVA DECRETAÇÃO E MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA (ART. 316, CPP)	45
2	ANÁLISE QUALITATIVA DAS DECISÕES	49
2.1	APRESENTAÇÃO DO MÉTODO	49
2.1.1	Parâmetros utilizados para a busca jurisprudencial	49
2.1.2	Parâmetros utilizados para a escolha da amostra	49
2.1.3	Apresentação dos quesitos e subquesitos	51

2.1.3.1	Quesito 1: A finalidade legal da prisão preventiva no caso concreto	51
2.1.3.2	Quesito 2: A existência ou a inexistência de fatos novos e contemporâneos como fundamentação na decisão	52
2.1.4	Forma de Análise	53
2.2	RESULTADO DA PESQUISA EMPÍRICA	54
2.2.1	Resultado do Quesito 1	54
2.2.1.1	Resultado do Subquesito 1 (O que o órgão julgador entende por ordem pública e, consequentemente, como ele fundamenta a subsunção a tal pressuposto autorizador?)	56
2.2.1.1.1	Gravidade em Concreto do Delito	57
2.2.1.1.2	Periculosidade Social do Agente	59
2.2.1.1.3	Risco de Reiteração Criminosa	61
2.2.1.1.4	Necessidade de acautelar o meio social	65
2.2.1.2	Resultado do Subquesito 2 (O que o órgão julgador entende por assegurar a aplicação da lei penal e, consequentemente, como ele fundamenta a subsunção a tal pressuposto autorizador?)	66
2.2.1.2.1	A Falta de Comprovação de Residência Fixa	67
2.2.1.2.2	Prognóstico de Fuga Sem Fundamentação	68
2.2.1.2.2	Prognóstico de Fuga Com Fundamentação	69
2.2.1.2.3	Não Foi Logrado Êxito no Cumprimento do Mandado	70
2.2.1.2.4	Disponibilidade de Recurso no Exterior	72
2.2.1.2.5	Residência em Outro Estado	72
2.2.1.3	Resultado do Subquesito 3 (O que o órgão julgador entende por conveniência à instrução criminal e, consequentemente, como ele fundamenta a subsunção a tal pressuposto autorizador?)	73

2.2.2	Resultado do Quesito 2 (A existência ou a inexistência de fatos novos ou contemporâneos foi utilizada como fundamento pelo órgão julgador?)	76
2.2.2.1	Decisões fundamentadas com argumentação padrão	78
2.2.2.2	Decisões fundamentadas com argumentação própria	81
2.2.2.2.1	A contemporaneidade do risco da liberdade do agente	82
2.2.2.2.2	O afastamento da tese de contemporaneidade caso o agente esteja foragido	84
2.2.2.2.3	O lapso temporal para o tribunal avaliar a tese da contemporaneidade deve ser aquele entre cometimento do delito e decretação da prisão prisional ou efetuação da prisão em flagrante	85
2.2.2.2.4	Manutenção da prisão preventiva para apelação	86
2.2.2.2.5	Exemplo de decisão que se fundamenta em fatos novos ou contemporâneos	89
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	92
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	95
	APÊNDICES	98
	APÊNDICE A - PARÂMETROS DA BUSCA JURISPRUDENCIAL	98
	APÊNDICE B - PARÂMETROS UTILIZADOS PARA A ESCOLHA DA AMOSTRA	99
	APÊNDICE C - TABELA DE QUESITOS E SUBQUESITOS.....	102
	APÊNDICE D - RESULTADO DO QUESITO 1.....	104
	APÊNDICE E - RESULTADO DO SUBQUESITO 1 DO QUESITO 1	105
	APÊNDICE F - RESULTADO DO SUBQUESITO 2 DO QUESITO 1	106
	APÊNDICE G - RESULTADO DO QUESITO 2	107

INTRODUÇÃO

A prisão preventiva é uma modalidade de constrição de liberdade que o Estado impõe com o intuito cautelar. Isto é, em razão do perigo no estado de liberdade do indivíduo, faz-se necessária a espécie de prisão cautelar como ato de precaução.

Todavia, tendo em vista o Princípio da Presunção de Inocência, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito, a constrição da liberdade por meio da prisão preventiva não é uma medida facilmente realizável pelo poder público.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico, visando garantir a liberdade do indivíduo, inocente até eventual trânsito em julgado de sentença penal condenatória, preocupa-se em estabelecer diversas diretrizes normativas, que o Poder Judiciário, único poder competente para decretar a prisão preventiva, deve seguir caso opte por esse meio de constrição de liberdade.

Essas diretrizes perpassam por todo o ordenamento jurídico, sendo encontradas, sobretudo, na Carta Magna e no Código de Processo Penal.

A observância dessas normas, na decretação da prisão preventiva, pelo Poder Judiciário, deve ser materializada por meio de fundamentação em uma decisão judicial. Isto é, essa decisão judicial deve demonstrar que todos os requisitos legais foram preenchidos para decretação da prisão preventiva.

Nesse momento, a demonstração deve abarcar os fundamentos de direito (dispositivos legais pertinentes) e os fundamentos de fato (circunstâncias fáticas que foram subsumidas aos fundamentos de direito). Pelo menos uma circunstância fática deve existir para fundamentar um fundamento de direito. Caso não haja circunstância fática que justifique um fundamento de direito imprescindível para decretação da prisão preventiva, a medida cautelar não será cabível por estar em descompasso com o ordenamento jurídico.

A subsunção das circunstâncias fáticas aos dispositivos legais sempre foi necessária para a decisão de decretação da prisão preventiva. Contudo, a partir da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), o legislador reformou, de forma extremamente substancial, os dispositivos do Código de Processo Penal que regulamentam a prisão preventiva, adicionando rigorismo fundamentativo para a decretação dessa medida cautelar.

Com essas alterações, diversos requisitos legais para decretação da prisão preventiva surgiram, impondo ao Poder Judiciário fundamentação, de direito e de fato, que outrora não lhe era exigida.

Dentre essas alterações, destaca-se a inserção da contemporaneidade como requisito legal que deve ser preenchido para decretação da prisão preventiva.

O *modus operandi* do Judiciário diante dessa regulamentação reformada da prisão preventiva é o tema deste trabalho acadêmico.

Da mesma forma que se analisa o Executivo pelas medidas concernentes à administração pública e o Legislativo pelas leis que ele normatizou, analisar-se-á o Judiciário através daquilo que apenas a ele compete: a fundamentação na decisão judicial.

Através deste trabalho acadêmico, pormenorizar-se-á a fundamentação de fato para essa inovação legislativa (contemporaneidade como requisito legal) e como a finalidade legal da prisão preventiva é justificada.

Por meio disso, pretende-se delimitar, de forma clara e precisa, os argumentos justificantes utilizados pelo Judiciário para sustentar os pressupostos autorizadores relativos à finalidade legal da prisão preventiva, presentes no Art. 312, caput, CPP e à contemporaneidade na necessidade da medida cautelar, presentes nos Arts. 312, § 2º, e 315, § 1º, ambos do CPP.

Em relação ao objeto de pesquisa, apesar de sua importância, a abrangência do tema (fundamentação da decretação da prisão preventiva), certamente acarretaria na inexecutabilidade do trabalho acadêmico.

Por essa razão, faz-se necessária a delimitação do tema (i) quanto ao lapso temporal; (ii) quanto aos tribunais julgadores; (iii) quanto ao conteúdo decisório; e (iv) quanto ao conteúdo a ser analisado da fundamentação;

Além disso, apesar do Pacote Anticrime ter reformado a regulamentação do tema em 2019, serão analisados apenas julgamentos de 01/01/2022 a 01/11/2022.

Suceder-se-á dessa forma por duas razões. Primeiro, porque um lapso temporal maior do que esse implicaria na inexecutabilidade da análise. Segundo, porque essa amostragem, dois anos após a reforma, será baseada em uma jurisprudência mais amadurecida acerca do tema, o que reflete positivamente no estudo empírico.

Ademais, quanto aos tribunais julgadores, serão analisados apenas julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferidos pela Primeira Câmara Criminal.

Ainda sobre as delimitações, quanto à decisão, serão analisadas apenas os acórdãos que confirmaram a decretação da prisão preventiva, através de decisão denegatória de Habeas Corpus.

Por fim, quanto ao conteúdo a ser analisado da fundamentação do acórdão, o presente trabalho acadêmico tem a pretensão de analisar, de forma qualitativa, os argumentos

justificantes utilizados para fundamentar os requisitos legais para prisão preventiva presentes nos Arts. 312, § 2º, e 315, § 1º, ambos do CPP.

Destarte, serão elaborados quesitos (e subquesitos) objetivos, a partir dos quais será possível uma análise técnica de como a fundamentação, de fato e de direito, é feita pelo Judiciário no caso concreto para decretação da prisão preventiva. Esses quesitos delimitarão, conseqüentemente, o que se pretende extrair das decisões judiciais.

No tocante ao problema de pesquisa, é importante ressaltar que os trabalhos científicos no âmbito acadêmico têm, fundamentalmente, o objetivo de trazer resultados dos quais o pesquisador entende ser socialmente e/ou cientificamente relevantes.

Nesse sentido, fundamentação da decretação da prisão preventiva na jurisprudência, ou seja, a subsunção das circunstâncias fáticas aos requisitos legais da prisão preventiva regulamentados no Código de Processo penal, no formato que ela é feita, contém um problema institucional: a nebulosidade conceitual.

Isto é, como os requisitos legais são interpretados pelo Judiciário no momento da decretação da prisão preventiva? Quais são as circunstâncias fáticas que os fundamentam? Por que tais circunstâncias fáticas são subsumíveis às normas regulamentadoras do diploma processual penal?

Basicamente, as respostas para essas perguntas são os argumentos justificantes dos pressupostos autorizadores (ou requisitos legais) da prisão preventiva.

Encontra-se, porém, na jurisprudência, uma nebulosidade jurídica no que tange a esses argumentos justificantes.

Esse problema acarreta em duas conseqüências ao mundo jurídico: (i) insegurança jurídica quanto ao tema; e (ii) excesso de discricionariedade;

A nebulosidade conceitual quanto aos requisitos legais causa uma situação institucional na qual um magistrado, a partir de uma circunstância fática, pode entender por decretar a prisão preventiva, enquanto outro, a partir da mesma circunstância, pode entender contrariamente.

Por óbvio, essa situação é latente em muitos temas que carecem de clareza conceitual. Entretanto, no tema em questão, o bem jurídico ponderado é extremamente sensível. Lida-se, aqui, com a prisão de um indivíduo que, necessariamente, naquela persecução penal, é inocente, haja vista a não existência de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Nesse contexto, o legislador, sobretudo após o Pacote Anticrime, estabeleceu diversas regulamentações, algumas claras e outras nem tanto, aumentando a rigorosidade para a decretação da prisão preventiva.

A partir disso, tais normas feitas pelo legislador, são, necessariamente, interpretadas pelo Judiciário para a aplicação no caso concreto.

Logo, para a segurança jurídica acerca dos requisitos da decretação da prisão preventiva, não basta rigorismo legislativo, mas, também, clareza na jurisprudência quanto à subsunção das circunstâncias fáticas aos requisitos normalizados.

Caso isso não seja, institucionalmente, estabelecido, ter-se-á, perpetuamente, uma situação na qual o indivíduo não sabe em quais circunstâncias ele poderá ser preso preventivamente, o que dependerá da interpretação individual do órgão julgador.

Em segunda análise, a nebulosidade conceitual acarreta, invariavelmente, no excesso de discricionariedade nas mãos do magistrado.

O magistrado é limitado pelo ordenamento jurídico, entendendo-o como o conjunto de leis e de precedentes vinculantes.

O problema é que quanto mais imprecisa for a lei e quanto menor for o vínculo jurisprudencial que o prende, maior seu poder de discricionariedade no caso concreto.

Assim, tem-se a liberdade do indivíduo à mercê da discricionariedade do Judiciário em decorrência da falta de clareza conceitual.

Destarte, este trabalho acadêmico objetiva, empírica e criteriosamente, analisar como o Judiciário vem fundamentando as decisões judiciais. Dessa forma, descrever-se-á, qualitativamente, como o ordenamento jurídico, através da fundamentação e da lógica argumentativa, vem se moldando diante da regulamentação reformada da prisão preventiva.

Em relação à finalidade pretendida, o objetivo geral da pesquisa é analisar, qualitativamente, através de quesitos e subquesitos, a fundamentação, de direito e de fato, das decisões denegatórias de Habeas Corpus da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que confirmaram a decretação da prisão preventiva.

Como objetivos específicos, a partir dos quesitos e subquesitos estipulados, pretende-se (i) investigar quais argumentos justificantes são utilizados para fundamentar as finalidades legais do Art. 312, caput, CPP; (ii) investigar se a existência ou a inexistência de fatos novos ou contemporâneos é utilizada como fundamentação nas decisões, para fins de subsunção aos Arts. 312, §2º e 315, §1º do CPP; e, por fim, (iii) investigar, caso haja a utilização de fatos novos ou contemporâneos como fundamento da decisão, como ela é justificada no caso concreto.

As decisões a serem analisadas serão extraídas de consulta jurisprudencial no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Para analisar as decisões de forma precisa, serão formulados quesitos (perguntas) e subquesitos (perguntas a partir das respostas aos quesitos).

Os quesitos e os subquesitos serão pormenorizados no Capítulo 2 (Pesquisa Empírica), no qual serão demonstrados e explicados. Da mesma forma, os parâmetros para a pesquisa jurisprudencial também serão demonstrados naquela oportunidade.

O número de decisões resultantes da pesquisa jurisprudencial, o número da amostragem que será utilizada e a margem de erro também serão pormenorizados naquela oportunidade.

A partir das respostas aos quesitos, será possível adentrar nos pormenores da fundamentação da decisão que justifica a decretação da prisão preventiva.

No primeiro capítulo, será feita uma introdução teórica acerca da prisão preventiva e dos requisitos legais que nortearão a pesquisa empírica.

Para fins conceituais, eventuais divergências doutrinárias serão demonstradas objetivamente, assim como entendimentos de tribunais superiores sobre os parâmetros legais de regulamentação da prisão preventiva.

Já no segundo capítulo, será demonstrado o resultado da pesquisa empírica. Porém, primeiramente, serão expostos os mecanismos de pesquisa utilizados para extrair as decisões judiciais.

Ato contínuo, será feita uma tabela para demonstrar a amostragem utilizada, assim como a respectiva margem de erro.

Antes do resultado, serão apresentados os quesitos, também ilustrados por meio de tabela apresentada nos apêndices, a partir da qual o leitor poderá, facilmente, entender como serão analisadas as decisões.

Capítulo 1 - Prisão Preventiva

1.1 Prisão preventiva como espécie de prisão cautelar

Tendo em vista a delimitação do objeto da pesquisa, faz-se necessária uma elucidação teórica concernente ao tema. Nesse sentido, é imprescindível apresentar, inicialmente, a natureza jurídica da prisão preventiva.

A prisão preventiva, juntamente com a prisão temporária, tem natureza de prisão cautelar. Isso significa que prisão cautelar é um gênero, a partir do qual duas espécies sobrevivem: a prisão temporária e a prisão preventiva.

Vale ressaltar que a prisão em flagrante não é uma prisão cautelar, uma vez que a decretação de uma prisão cautelar exige judicialidade. Isto é, a prisão cautelar só pode ser decretada por uma autoridade judicial competente, a partir de uma decisão judicial que subsuma as circunstâncias fáticas aos tipos processuais penais que normatizam acerca das medidas cautelares. Como a prisão em flagrante, nos termos do Art. 301, do Código de Processo Penal, pode ser efetuada por qualquer um do povo e deve ser efetuada pela autoridade policial, carece de judicialização e, conseqüentemente, de cautelaridade na sua natureza jurídica.

Isto posto, enquanto a prisão preventiva é regulamentada pelo Código de Processo Penal, a prisão temporária é regulamentada pela Lei nº 7.960/89. Dentre as principais diferenças entre as duas espécies, destacam-se: (i) os momentos nos quais elas podem ser realizadas; (ii) o rol de hipóteses de cabimento; e (iii) o prazo de perduração da restrição da liberdade.

A prisão temporária, como está delimitado expressamente no Art. 1º, I, da Lei 7.960/89, apenas será admitida ao longo do inquérito policial. Ou seja, uma vez recebida a denúncia e iniciada a ação penal, não será mais possível a decretação da prisão temporária.

Vale ressaltar que, apesar do inquérito policial ser dispensável para o processo penal, podendo ser substituído por outra espécie de investigação, como o procedimento investigatório criminal do Ministério Público, o legislador limitou a prisão temporária à investigação policial feita por meio de inquérito policial.

A prisão preventiva, por sua vez, pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, como estabelece o Código de Processo Penal no Art. 311.

Acerca das hipóteses de cabimento, a Lei nº 7.960/89, através do Art. 1, III, normatizou um rol taxativo de crimes passíveis de decretação de prisão temporária.

Já para a prisão preventiva, o Art. 313, do Código de Processo Penal, não delimita taxativamente em quais crimes a prisão preventiva será admitida, apenas estabelece critérios para a emolduração do suposto crime à possibilidade de decretação da prisão.

Por fim, no que tange ao prazo de constrição da liberdade, a prisão temporária, em regra, terá o prazo de apenas cinco dias, prorrogáveis por igual período. É importante salientar que esse prazo é de trinta dias, prorrogáveis por igual período, para crimes hediondos e equiparados, abarcados pela Lei nº 8.072/90.

Após esse prazo, o preso deve ser imediatamente libertado, a prisão, portanto, torna-se ilegal caso o prazo finde e a constrição perdure.

Na prisão preventiva, por sua vez, o prazo é extremamente mais maleável e, portanto, o suspeito pode ficar preso por muito mais tempo.

A razão disso é que a decisão judicial que decreta a prisão preventiva não estabelece um prazo, ela perdura até que se demonstre necessária, observada a revisão necessária, a cada noventa dias, estabelecida pelo parágrafo único, do Art. 316, do Código de Processo Penal.

Entretanto, como abordaremos mais pormenorizadamente adiante, caso essa revisão necessária não seja feita após os noventa dias, a prisão não se torna ilegal e o suspeito não precisa ser libertado imediatamente, como estabeleceu o Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do HC 178254.

Uma vez explicitadas essas diferenças, nota-se que a prisão preventiva, diferente da prisão temporária, pode ser decretada ao longo de toda persecução penal, com hipóteses de cabimento relativamente amplas e sem prazo pré-estabelecido.

Por essas razões, via de regra, quando a autoridade policial ou o Ministério Público se depara com uma situação na qual uma prisão cautelar é cabível, decide-se por representar/requerer pela prisão preventiva em detrimento da prisão temporária.

Por esse motivo, a prisão preventiva, como medida cautelar prisional, é a mais utilizada e faz jus a essa pesquisa jurisprudencial pormenorizada.

1.2 Prisão Preventiva como medida cautelar

Haja vista a natureza jurídica de medida cautelar prisional da prisão preventiva, é imprescindível destacar suas características referentes à cautelaridade.

1.2.1 Excepcionalidade

A primeira característica a ser salientada é a excepcionalidade das medidas cautelares.

Nesse sentido, o suspeito, ao longo de toda persecução penal, deve ser considerado inocente, em decorrência do Princípio da Presunção de Inocência (Art. 5º, LVII, CRFB/88).

Por tal razão, a liberdade e a não imposição de medidas cautelares para o suspeito (inocente, até uma eventual sentença penal condenatória transitada em julgado) é a regra.

Excepcionalmente, o poder público necessita impor medidas cautelares, objetivando finalidades estabelecidas previamente pelo legislador.

Contudo, essa necessidade deve ser fundamentada, através de decisão judicial, por meio da qual a autoridade judiciária deve descrever as circunstâncias fáticas e os fundamentos legais, a partir dos quais a medida cautelar necessita ser imposta.

Percebe-se, portanto, que, levando em consideração a excepcionalidade como característica das medidas cautelares, o ônus argumentativo para sua decretação é da autoridade judiciária e do requerente, não podendo ser invertido o ônus probatório em detrimento da defesa do suspeito.

Nesse ínterim, a prisão preventiva, dentre as medidas cautelares, vide a norma processual penal abaixo, é a última opção, como expressamente normatizado pelo legislador:

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

§ 6º **A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.** (BRASIL, 1941) (grifos do autor)

Ou seja, a prisão preventiva é a excepcionalidade da excepcionalidade.

Isto é, a regra é a não imposição de medidas cautelares. A excepcionalidade é a necessária imposição de medidas cautelares, que já precisaria ser fundamentada. A excepcionalidade da excepcionalidade é quando o Estado, por meio da autoridade judiciária, opta por, dentre as diversas medidas cautelares existentes, decretar a prisão preventiva.

Tendo em vista esse caráter duplamente excepcional, o magistrado, nos termos do dispositivo supracitado, precisa fundamentar em duas frentes. Primeiro, para embasar a excepcionalidade da imposição da medida cautelar. Depois, para justificar sua opção na prisão preventiva em detrimento das demais medidas cautelares.

1.2.2 Legalidade

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LIV, estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). Essa garantia fundamental individual tem consequências evidentes no presente tema. Como a prisão preventiva é uma constrição de liberdade, ela precisa respeitar os parâmetros estritamente legais do ordenamento jurídico, apesar do seu caráter cautelar e provisório.

Diante disso, o Estado, representado pela autoridade judiciária, deve amparar uma decretação de prisão preventiva a partir de parâmetros legais previamente estabelecidos.

No presente caso, essa característica é essencial à pesquisa jurisprudencial, uma vez que a delimitação do objeto está intimamente ligada à descrição objetiva e científica da decisão judicial a partir dos dispositivos que regulam a prisão preventiva.

Ou seja, o magistrado precisa, necessariamente, adequar a fundamentação da decretação da prisão preventiva a partir dos dispositivos legais previamente normatizados. A forma como é feita essa fundamentação (as circunstâncias fáticas que levam à subsunção à norma, a finalidade que pretende se garantir, a não imposição de medidas cautelares diversas em detrimento da prisão preventiva, etc.) é o objeto da presente pesquisa.

1.2.3 Proporcionalidade

A proporcionalidade é o princípio-meio através do qual, da forma mais condizente possível com o ordenamento jurídico, a autoridade judiciária pondera dois ou mais princípios envolvidos.

Na decretação da prisão preventiva, a liberdade de ir e vir do suspeito sempre será uma norma (gênero) - princípio (espécie) - que o judiciário terá que ponderar diante de outra finalidade previamente estabelecida pelo ordenamento jurídico.

Por exemplo, suponha-se que o suspeito, ao longo do processo criminal, esteja ameaçando testemunhas e apagando as provas de um suposto crime cometido. Diante disso, evidencia-se que a liberdade do indivíduo está colocando em risco a produção probatória.

A partir desse caso, dois princípios confrontam-se: a liberdade do indivíduo e a conveniência da instrução criminal (Art. 312 do Código de Processo Penal). Perguntar-se-á, para solucionar, proporcionalmente, o conflito de princípios: a decretação de prisão

preventiva é o meio proporcional para alcançar a finalidade pretendida (conveniência da instrução criminal)?

Talvez a resposta seja sim. Mas talvez o meio mais apropriado seja a imposição de uma medida cautelar diversa da prisão preventiva, que permitirá a consecução da finalidade pretendida (conveniência da instrução criminal) ferindo de forma menos grave o outro princípio ponderado (liberdade de ir e vir do suspeito), como a imposição de uma prisão domiciliar, a proibição de manter contato com pessoa determinada, a monitoração eletrônica, etc.

Sobre essa característica, é importante salientar que alguns doutrinadores, como Robert Alexy, criaram métodos criteriosos para que a proporcionalidade seja aplicada no caso concreto. Entretanto, o judiciário brasileiro não adota um método obrigatório para aplicá-la. Portanto, o magistrado precisa ser proporcional ao aplicar a prisão preventiva, mas, desde que respeite as disposições legais, não é vinculado a fundamentar a proporcionalidade utilizando um método específico.

1.2.4 Necessidade

Complementando a proporcionalidade, a necessidade para a decretação da prisão preventiva também é uma característica fundamental.

O magistrado deve fundamentar a implementação da medida cautelar com base na necessidade de sua implementação.

Nesse sentido, essa necessidade precisa ter nexo de causalidade com o fim pretendido, com a conduta do suspeito até o momento e, principalmente, com a gravidade do ferimento ao princípio da liberdade de ir e vir.

Por exemplo, utilizemos o exemplo supramencionado no tópico anterior, no qual o indivíduo põe em risco a instrução criminal.

A necessidade, juntamente com a proporcionalidade, precisa abarcar dois pontos principais: tendo em vista a conduta do indivíduo até o momento, (i) a prisão preventiva é adequada para alcançar o fim de assegurar a conveniência da instrução criminal?; e (ii) é necessária a prisão preventiva, em detrimento das outras medidas cautelares, para assegurar a finalidade pretendida?

Perceba-se que, para a primeira pergunta, evidentemente, a prisão seria adequada para assegurar a instrução criminal, uma vez que, preso, o suspeito certamente não ameaçaria as testemunhas.

Entretanto, isso não contemplaria as características de proporcionalidade e necessidade, porque a segunda pergunta também precisa ser respondida afirmativamente para a decretação da prisão preventiva.

Apesar de adequada ao fim pretendido, talvez a prisão preventiva não seja o meio necessário, havendo medidas cautelares menos graves que poderiam alcançar a mesma finalidade.

Ou seja, a prisão preventiva precisa ser necessária, não bastando ser adequada para ser aplicada.

Vale salientar que a tese deste tópico, adotando a linha científica e técnica do presente trabalho, não é meramente doutrinária nem subjetiva, uma vez que encontra amparo legal no dispositivo, já anteriormente mencionado, do Art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

1.2.5 Jurisdicionalidade

Também denominado de judicialidade ou cláusula de reserva jurisdicional, a jurisdicionalidade, característica essencial das medidas cautelares, diz respeito à necessidade da decretação dessa medida cautelar prisional ser feita, obrigatoriamente, por autoridade judiciária competente.

Nesse sentido, a Carta Magna, através do seu Art. 5º, LXI, ampara, constitucionalmente, essa característica, na medida em que normatiza o seguinte:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito **ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (BRASIL, 1988)(grifo do autor)

Abstraindo as outras hipóteses do dispositivo, evidencia-se que a decretação da prisão preventiva precisa ser feita por autoridade judiciária.

A razão disso é que o magistrado, atuando em nome do Estado, é o responsável por, no momento da decretação da prisão preventiva, (i) reconhecer a excepcionalidade do caso concreto; (ii) subsumir as circunstâncias fáticas a todos os parâmetros legais pertinentes; (iii) ponderar a liberdade do indivíduo com a finalidade legal pretendida; entendendo, se for o caso, como (iv) necessária a prisão preventiva em detrimento de outras medidas cautelares diversas da prisão.

Constata-se, destarte, que todas as características acima descritas, concernentes à cautelaridade da prisão preventiva, são analisadas pelo magistrado, que as materializa através da decisão judicial. Isto é, a decisão judicial é a materialização, a corporificação, a consubstanciação de um raciocínio lógico judicial através do qual o magistrado não apenas deve analisar todas as características dispostas anteriormente, mas fundamentá-las de forma clara e condizente com o ordenamento jurídico.

1.3 Quem pode requerer a prisão preventiva (Art. 311, CPP)

Uma vez apresentadas algumas características teóricas da prisão preventiva, analisar-se-ão, na sequência de como estão dispostos, os dispositivos do Capítulo III, do Título IX, do Código de Processo Penal, iniciando-se pelo Art. 311:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, **a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.** (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 1941) (grifo do autor)

É importante destacar que, anteriormente à Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), era possível a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz. Contudo, esse poder que o ordenamento jurídico conferia ao juiz deixava parte da doutrina extremamente consternada:

A previsão de decretação da prisão preventiva como ato de ofício do magistrado, logo, sem que qualquer interessado provoque, é mais uma mostra de que o juiz, no processo penal brasileiro, afasta-se de sua posição de absoluta imparcialidade, invadindo seara alheia, que é a do órgão acusatório, podendo decretar medida cautelar de segregação sem que qualquer das partes, envolvidas no processo, tenha solicitado. (NUCCI, 2005, p.545)

Independente da posição doutrinária acerca do tema, essa possibilidade não subsiste depois da alteração legislativa. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), através do Informativo nº 686, de 1º de Março de 2021, destacou que

Após o advento da Lei n. 13.964/2019, **não é possível a conversão ex officio da prisão em flagrante em preventiva, mesmo nas situações em que não ocorre audiência de custódia.** (grifo do autor)

Logo, tornou-se um ponto pacífico no ordenamento jurídico.

Porém, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do HC 203.208, entendeu que o judiciário, uma vez provocado pelo Ministério Público para analisar imposição de medida cautelar, não se vincula ao pedido do *Parquet*, podendo, portanto, aplicar medida cautelar mais gravosa, como a prisão preventiva:

Muito embora o juiz não possa decretar a prisão de ofício, não é esse o caso dos autos. Conforme jurisprudência da Corte, **o julgador não está vinculado a pedido formulado pelo Ministério Público.** (grifo do autor) (STF - HC 203.208, Relator: Gilmar Mendes, Data do julgamento: 22/08/2021, Data da disponibilização: 30/08/2021, Data da publicação: 31/08/2021)

A partir disso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio da Sexta Turma, através de uma votação de 3 votos a 2, consolidou o seguinte entendimento jurisprudencial:

4. A determinação do Magistrado, em sentido diverso do requerido pelo Ministério Público, pela autoridade policial ou pelo ofendido, não pode ser considerada como atuação ex officio, uma vez que lhe é permitido atuar conforme os ditames legais, desde que previamente provocado, no exercício de sua jurisdição. (grifo do autor)

5. Impor ou não cautelas pessoais, de fato, depende de prévia e indispensável provocação; contudo, a escolha de qual delas melhor se ajusta ao caso concreto há de ser feita pelo juiz da causa. Entender de forma diversa seria vincular a decisão do Poder Judiciário ao pedido formulado pelo Ministério Público, de modo a transformar o julgador em mero chancelador de suas manifestações, ou de lhe transferir a escolha do teor de uma decisão judicial. (STJ - RHC 145225, Relator: Rogerio Schietti Cruz, Data do julgamento: 15/02/2022, Data da disponibilização em DJE: 21/03/2022, Data da publicação: 22/03/2022)(grifo do autor)

Com essas decisões do STF e do STJ, a jurisprudência vem se consolidando nesse entendimento para fixar que a decretação de prisão preventiva em contrariedade com o pedido do Ministério Público não é considerada *ex officio*, desde que o magistrado seja provocado para analisar alguma medida cautelar.

Com isso, analisar-se-ão, a seguir, os legitimados para postular requerimento ou representação pela prisão preventiva.

1.3.1 Ministério Público

O Ministério Público é o titular da ação penal pública, portanto é natural que ele seja o requerente mais comum da prisão preventiva.

Contudo, alguns pontos valem ser ressaltados.

Primeiramente, no tocante à interpretação do dispositivo, há uma divergência doutrinária na interpretação sistemática acerca da seguinte hipótese: O Ministério Público é legitimado para requerer prisão preventiva em ação penal de iniciativa privada?

Para alguns doutrinadores, como Renato Marcão, também membro do Ministério Público do Estado de São Paulo,

Sim. Muito embora o Ministério Público não esteja legitimado a propor ação penal privada exclusiva, deve intervir em todos os termos do processo que dela resultar, podendo, inclusive e se necessário, aditar a queixa-crime, conforme determina o art. 45 do CPP, daí a evidente possibilidade de postular a decretação de prisão preventiva quando a providência se revelar cabível e necessária. (2012, p. 132)

Contudo, outros doutrinadores e grupos de estudo divergem dessa posição, como o Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Rio Grande do Sul (CAOCRIM - MP/RS):

Dessa forma, não se verifica possível, dentro de uma interpretação sistemática da legislação processual, reconhecer a legitimidade do Ministério Público para requerer a prisão preventiva do querelado, pois se a ação principal está submetida ao juízo de oportunidade e conveniência do querelante, dentro, pois, de sua esfera de disponibilidade, por consequência inarredável da acessoriedade que lhe é inerente, a pretensão cautelar, mesmo nas medidas pessoais (poder-se-ia dizer até principalmente nestas), também se encontra depositada entre os atos privativos do querelante.

A jurisprudência carece de orientações quanto à divergência. Mas, tendo em vista o caráter científico do trabalho, é importante, objetivamente, apresentá-la.

Por fim, acerca da postulação do Ministério Público, cabe ressaltar que, uma vez indeferido o pedido de decretação da prisão preventiva, o órgão poderá interpor recurso em sentido estrito em face da decisão de indeferimento, nos termos do Art. 581, V, do Código de Processo Penal.

1.3.2 Querelante

O querelante é o titular da ação penal de iniciativa privada e tem o poder de requerer a prisão preventiva do querelado nas ações penais de iniciativa privada (exclusiva ou subsidiária da ação penal pública), assim como é legitimado para interpor recurso em sentido estrito, nos termos do Art. 581, V, do Código de Processo Penal.

Sobre a interpretação do dispositivo, outra divergência insurge na seguinte hipótese: Como o dispositivo é expresso em dar o poder ao querelante, o mero ofendido em crime de ação penal de iniciativa privada pode, antes do recebimento da queixa-crime, requerer a prisão preventiva?

Mais uma vez, a doutrina diverge no assunto. Para Renato Marcão,

A considerar a letra da lei, neste caso o pedido somente poderá ser feito após a instauração da ação penal, pois antes não há falar em querelante, mas em ofendido, e **a lei não permitiu ao ofendido formular tal pretensão.** (grifo do autor) (2012, p.133)

Já para Marcos Paulo Dutra Santos, doutrinador e defensor público do Estado do Rio de Janeiro,

Em se tratando de crime de ação penal de iniciativa privada, todavia, **é forçoso reconhecer a legitimidade do ofendido, já no inquérito, para buscar as tutelas cautelares pessoais que entender necessárias e adequadas,** competindo ao juiz deferi-las ou não, porque, do contrário, o desiderato do dominus litis apenas seria cognoscível judicialmente se chancelado pela autoridade policial, despida de legitimidade ad causam, ou pelo Ministério Público, que atua, somente, como custos legis. O ofendido poderia o mais, deflagrar, privativamente, a ação penal, mas não poderia o menos. (grifo do autor) (2020, p. 434)

Ou seja, assim como o requerimento de prisão preventiva do Ministério Público na ação penal privada, o requerimento do ofendido ainda na investigação criminal também é controvertido na doutrina.

A jurisprudência carece de discussão acerca do tema. Porém, tendo em vista a objetividade na apresentação dos institutos relacionados à prisão preventiva, cabe apresentar a divergência na doutrina.

1.3.3 Assistente

Quanto à atuação do assistente no requerimento de prisão preventiva, o tema já é mais pacificado, uma vez que é limitada pelo próprio Código de Processo Penal:

Art. 268. **Em todos os termos da ação pública**, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no [Art. 31](#). (BRASIL, 1941) (grifo do autor)

Verifica-se, portanto, que a atuação do assistente se inicia, formalmente, quando começa a ação pública, ou seja, quando a denúncia é recebida pelo judiciário. A partir desse momento, torna-se legitimado para requerer prisão preventiva e interpor recurso em sentido estrito diante de eventual indeferimento.

1.3.4 Autoridade policial

Inicialmente, é essencial ressaltar que a representação da autoridade policial não tem natureza jurídica de requerimento. Acerca de tal diferenciação, o professor Francisco Sannini nos esclarece que

O requerimento ofertado pelas partes, nesse contexto, tem o sentido de pedido, de solicitação. Assim, nos casos em que houver indeferimento pelo Juiz, o interessado poderá interpor o recuso adequado nos termos da lei. **A representação, por outro lado, não se caracteriza como um pedido**, pois, conforme destacado, só quem pede são as partes do processo. **A representação, destarte, funciona como uma recomendação, uma sugestão ou uma advertência ao Poder Judiciário.** Ao representar, o Delegado de Polícia apresenta, expõe ao Juiz os fatos e fundamentos que demonstram e justificam a necessidade da decretação de uma medida cautelar ou a adoção de outra medida de polícia judiciária indispensável à solução do caso investigado. (grifos do autor) (SANNINI, 2014)

A partir da explicação supracitada, evidencia-se que a diferenciação entre o requerimento do Ministério Público e a representação da autoridade policial ultrapassa a seara meramente conceitual e doutrinária, uma vez que tem reflexos jurídicos, como a deslegitimidade da autoridade policial para interposição de recurso em sentido estrito diante da não decretação de prisão preventiva.

Ou seja, a autoridade policial apenas informa ao juízo sobre as condições fáticas e, a partir delas e dos fundamentos legais, demonstra a necessidade da decretação ou não da prisão preventiva.

Ainda sobre a representação, é imprescindível salientar que ela é desvinculada do parecer do Ministério Público. Isto é, a autoridade policial pode representar pela prisão preventiva e o Ministério Público pode não concordar, deixando de requerê-la.

Nessa situação, com fulcro no Art. 311, do Código de Processo Penal, o juiz pode desconsiderar a opinião do Ministério Público e decretar a prisão preventiva, tendo em vista a existência de representação da autoridade policial. Da mesma forma, pode desconsiderar a representação da autoridade policial e, acatando o requerimento do Ministério Público, não decretar a prisão preventiva. Em qualquer uma das duas hipóteses, o magistrado deve fundamentar a partir dos parâmetros legislativos do ordenamento jurídico.

1.4 O que a prisão preventiva visa garantir (Art. 312, caput, CPP)

Na sequência, o Código de Processo Penal, por meio do caput, do Art. 312, dispõe sobre três requisitos essenciais para a decretação da prisão preventiva: (i) a finalidade legal que a constrição da liberdade visa garantir; (ii) a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria; e (iii) o perigo gerado pela liberdade do suspeito:

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. [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) (BRASIL, 1941) (grifo do autor)

Neste tópico, dissertar-se-á sobre as finalidades legais da prisão preventiva (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou assecuração da aplicação da lei penal).

É importante frisar que o objetivo da pesquisa é o entendimento jurisprudencial sobre os dispositivos, sobre como o judiciário costuma subsumir as circunstâncias fáticas às finalidades legais.

Por tal razão, não se pretende esgotar uma discussão epistemológica e doutrinária, apenas apresentar os conceitos legais, de forma didática e técnica, para que o leitor tenha um amparo teórico sobre o tema.

1.4.1 Garantia da Ordem Pública

O legislador do Código de Processo Penal optou por não conceituar ordem pública. Entretanto, no Decreto-Lei 88.777/83, que aprova o regulamento para as polícias militares e corpos de bombeiros militares, o ordenamento jurídico nos norteia com o seguinte conceito:

Ordem Pública – Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum. (BRASIL, 1983)

Por um lado, isso pode orientar um caminho a partir do qual o judiciário pode seguir. Por outro, o conceito é recheado de termos genéricos e abertos, razão pela qual não limita, de forma clara, a subsunção judicial das circunstâncias fáticas à finalidade legal.

A doutrina, por sua vez, não soluciona essa questão, uma vez que, por mais majoritária que seja no sentido de delimitar o conceito, sua interpretação não vincularia o Judiciário no momento de sua interpretação.

Isto é, a divergência ou a convergência doutrinária quanto à conceituação das finalidades legais não limita, de forma alguma, a discricionariedade do Judiciário, órgão aplicador do Direito, que o cria por meio de interpretação.

Apesar disso, o embasamento doutrinário é extremamente relevante no estudo científico, sobretudo para fins elucidativos e teóricos.

Por esse motivo, vejamos um conceito doutrinário para utilização da prisão preventiva para ordem pública:

A prisão preventiva para garantia da ordem pública somente deve ocorrer em hipóteses de crimes que se revestem de especial gravidade no caso concreto, seja pela pena prevista, seja, sobretudo, pelos meios de execução utilizados. Cabe, ainda, prisão preventiva para garantia da ordem pública diante do risco de reiteradas investidas criminosas e quando presente situação de comprovada intranquilidade coletiva no seio social ou de uma determinada comunidade. (MARQUES et al., 2021, p.86)

Vale ressaltar que a garantia da ordem pública é apenas um dos diversos requisitos e parâmetros legais, dispostos ao longo de todo Capítulo III, do Título IX, do Código de Processo Penal, que o judiciário deve obedecer para decretar a prisão preventiva.

A utilização de ordem pública, de forma genérica e sem aplicar ao caso concreto, para decretar a prisão preventiva, violaria o ordenamento jurídico em diversas frentes. O legislador, no Art. 315 § 2º, do CPP, preocupou-se com isso:

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (grifo do autor) [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (grifo do autor) [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (grifo do autor) [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) (BRASIL, 1941)

Ou seja, a aplicação genérica e não fundamentada no caso concreto violaria, no mínimo, três dispositivos do Código de Processo Penal.

Dessa forma, infere-se que isso desrespeitaria o ordenamento jurídico não por conta de interpretações não autênticas, mas por conta de ferimento ao comando legal expresso do dispositivo supracitado.

Adiante na pesquisa empírica, analisar-se-á a forma pela qual o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que cria Direito por meio de interpretação autêntica, aplica esse conceito nos casos concretos.

1.4.2 Garantia da Ordem Econômica

Diferentemente da finalidade anterior, a garantia da ordem econômica, tendo em vista a restrição ao campo econômico, é extremamente mais delimitada.

Nesse sentido, o professor Renato Barão Varalda nos ilustra de forma muito precisa a aplicação da finalidade legal:

Embora a criminalidade econômica não violente diretamente a população, as suas consequências não são menos desastrosas e prejudiciais do que a criminalidade violenta. Ainda que se reconheça o distanciamento da prisão preventiva para a garantia da ordem econômica de sua natureza instrumental, com função de prevenção especial e geral, **a aplicação da prisão ao transgressor das regras econômicas determinadas inclusive pela própria Constituição Federal, em alguns casos, afigura-se indispensável para que as sequelas**

oriundas da infração e eventual desordem global da economia sejam minorados, ainda que o delito já tenha ocorrido e suas consequências se operado. (grifo do autor) (2007, p.164)

Nesse sentido, é ímpar ressaltar que a aplicação do conceito deve se subsumir a situações nas quais crimes, de natureza financeira, atingiram diretamente o sistema econômico.

Por fim, frisa-se que todas as regras do ordenamento jurídico, constitucionais e infraconstitucionais, concernentes à prisão preventiva, devem ser respeitadas na decretação da prisão preventiva para garantia da ordem econômica.

1.4.3 Por conveniência da instrução criminal

Nesse momento, o legislador foi preciso no que pretendia garantir com a prisão preventiva: a instrução do processo criminal.

A partir disso, fica evidente que o perigo do estado de liberdade do indivíduo encontra-se na ameaça que ele está representando à instrução probatória, fase necessária e indispensável para todo processo penal.

De forma esclarecedora, o professor Renato Marcão detalha que:

Neste caso, a prisão do investigado ou acusado **tem por objetivo colocar a salvo de suas influências deletérias a prova que deverá ser colhida na instrução do feito e avaliada quando do julgamento do processo**. Visa à preservação da verdade real, ameaçada por comportamento do agente contrário a este objetivo.

Será cabível a prisão preventiva sob tal fundamento, por exemplo, nas hipóteses em que o agente passar a ameaçar a vítima ou testemunhas visando impedir ou dificultar prova oral em seu desfavor; quando ameaçar ou tentar corromper perito que deva funcionar nos autos do inquérito ou processo; destruir prova documental ou qualquer vestígio ou evidência do crime; tentar aliciar jurados, etc. (grifo do autor) (2012, p.154)

Destarte, essa finalidade legal é precisa, clara e, juntamente com os dispositivos relacionados à prisão preventiva, fixa parâmetros interpretativos bem delimitados para o judiciário.

1.4.4 Assegurar a Aplicação da Lei Penal

O legislador não foi preciso nesse momento. Mas a doutrina converge na seguinte orientação:

A prisão “para assegurar a aplicação da lei penal” é necessária para evitar que, diante da provável fuga do acusado, **pelo temor da condenação, venha a ser frustrada a futura execução da sanção punitiva**. O perigo de fuga ocorre, por exemplo, quando o investigado ou o acusado prepara-se para deixar o seu domicílio, desfaz-se dos bens imóveis, procura obter passaporte, compra passagem aérea para o exterior, ou de outra forma demonstra desejo de empreender viagem não justificada por outro motivo (por exemplo, para lua de mel) ou revela a outrem o propósito de fuga. (grifo do autor) (BADARÓ, p.983, 2015)

Nota-se, portanto, que a doutrina é restritiva na interpretação de “lei penal”, limitando-se à eventual condenação do suspeito, diante da presença de indícios de autoria e provas de materialidade, e o risco que a execução dela corre.

Vale ressaltar, também, que o perigo de fuga deve ser fundamentado pelo judiciário não por que a doutrina entende assim, mas por comando legal do Art. 315 § 2º, do Código de Processo Penal.

1.5 Prova da existência do crime, indícios suficientes de autoria e perigo gerado pelo estado de liberdade (Art. 312, caput, *in fine*, CPP)

Na segunda parte do Art. 312 do Código de processo penal, o legislador estabeleceu mais três requisitos para decretação da prisão preventiva:

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.** ([Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019](#)) (BRASIL, 1941) (grifo do autor)

A prova da existência do crime (ou prova da materialidade delitiva) e o indício suficiente de autoria compõem o denominado “*fumus commissi delicti*” e não se restringe à prisão preventiva, é um requisito para aplicação de qualquer medida cautelar.

Basicamente, o juiz deve verificar o seguinte: a partir dos elementos probatórios e informativos coletados até então, (i) houve crime; e (ii) o suspeito é o provável autor?

Se a resposta for afirmativa, esses requisitos serão supridos.

Insta salientar que o judiciário, no momento de analisar esse requisito, deve preocupar-se com dois pontos.

Primeiro, o “*fumus commissi delicti*” precisa ter fundamentação de fato, a partir dos elementos probatórios e informativos, e fundamentação de direito, a partir dos dispositivos penais incriminadores.

Além disso, na averiguação do requisito, o judiciário não pretende findar a discussão sobre a autoria e a materialidade, para condenar o suspeito ou não, isso será feito apenas ao final do processo criminal, com a eventual sentença penal condenatória que, futuramente, poderá transitar em julgado.

Por sua vez, o perigo gerado pelo estado de liberdade do indivíduo é o requisito que dá sentido à prisão preventiva. Isto é, não tem lógica institucional alguma restringir a liberdade de um indivíduo (até então, inocente) se o seu estado de liberdade não estiver colocando nada em risco.

A prisão preventiva, portanto, tem natureza cautelar e pretende, tão somente, resguardar as finalidades legais elencadas na primeira parte do Art. 312, do CPP, e pormenorizadas no tópico anterior.

Nesse ínterim, sua utilização para, provisoriamente, executar a pena, é vedada expressamente pelo legislador no Art. 313, § 2º.

1.6 Descumprimento de medidas cautelares (312, § 1º, CPP)

Como foi descrito anteriormente, a prisão preventiva é a excepcionalidade da excepcionalidade. Isto é, excepcionalmente o judiciário aplica medidas cautelares e, dentre elas, a prisão preventiva será aplicada apenas em último caso .

Por essa razão, comumente o judiciário aplica medida cautelar diversa da prisão em um primeiro momento.

Porém, caso o suspeito a descumpra, o perigo em seu estado de liberdade se agrava e a medida cautelar diversa da prisão se demonstra insuficiente, por essa razão que o legislador determinou, no Art. 312, § 1º, do CPP, que

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (BRASIL, 1941)

Porém, esse dispositivo deve ser interpretado juntamente com o Art. 282, § 4º, do CPP:

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

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, **em último caso**, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código. (BRASIL, 1941) (grifo do autor) [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

Uma vez analisados conjuntamente, percebe-se que, até mesmo em caso de descumprimento de medida cautelar mais branda, a decretação de prisão preventiva deve ser o último caso.

A interpretação é literal. É um comando legal, a partir do qual, caso o judiciário infrinja, incorrerá em dissonância com o ordenamento jurídico.

Assim, conclui-se que a lógica é a mesma da decretação da prisão preventiva. Tendo o suspeito descumprido medida cautelar, o judiciário deve preferir substituir ou impor outra em cumulação. Caso, ao invés disso, decreta prisão preventiva, deve fundamentar as razões da excepcionalidade e da necessidade no caso concreto.

1.7 A existência de fatos novos ou contemporâneos como requisito (312, § 2º, CPP)

O legislador, por meio do Art. 312, § 2º, CPP, estabeleceu mais um critério para decretação da prisão preventiva ao normatizar que

§ 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. (BRASIL, 1941) (grifo do autor) [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

Tal requisito é, literalmente, repetido no Art. 315, § 1º, do CPP:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 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.** (grifo do autor) [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) (BRASIL, 1941)

Mais uma vez, o legislador estipula um requisito sem definição. Não há amparo legal para saber o que é fato novo ou fato contemporâneo. Não há lapso temporal estabelecido.

Nesse caso, claramente temos um vazio conceitual problemático.

Imaginemos a seguinte situação.

Um indivíduo supostamente comete um crime que se enquadra em todos os requisitos legais para decretação da prisão preventiva. Ou seja, dadas as circunstâncias fáticas do crime, a decretação da prisão preventiva é cabível. Pois bem. Seguem as hipóteses: (1) Um dia depois, ele é preso em flagrante; (2) Ele não fugiu e não cometeu nenhum fato após o crime, mas apenas um mês depois ele é preso em flagrante; (3) Um dia depois ele é preso em flagrante e o juiz decreta prisão preventiva, mas, percorridos 90 dias sem o trânsito em julgado, mesmo perdurando o perigo evidente em seu estado de liberdade, nenhum fato novo aconteceu; (4) Um dia depois ele é preso em flagrante e o juiz decreta prisão preventiva, mas, percorridos 360 dias, mesmo perdurando o perigo evidente em seu estado de liberdade, nenhum fato novo aconteceu;

Em quais hipóteses poderá ser decretada prisão preventiva?

Na primeira hipótese, fica evidente que o fato cometido no dia anterior, apesar de não ser novo (após o cometimento do crime), é contemporâneo.

Na segunda, não houve fato novo (após o cometimento do crime), mas o cometimento do crime é um fato que justifica a decretação da prisão preventiva. Porém, já se passou um mês. O cometimento do crime pode ser utilizado como fato novo? O ordenamento jurídico não responde.

Na terceira, não há fato novo (após o cometimento do crime) após a decretação da prisão preventiva. Porém, o perigo no estado de liberdade do indivíduo perdura. Por outro lado, passaram-se 90 dias desde o fato que justifica a decretação da prisão preventiva. Não tendo fato novo, ele ainda pode ser utilizado como contemporâneo para fins de manutenção da prisão preventiva? O ordenamento jurídico não responde.

Na quarta, apesar da decretação da prisão preventiva ser justificável, já se passou um ano inteiro e não há fato novo (após o cometimento do crime). Além disso, a contemporaneidade, após um ano do cometimento do crime, é questionável. Porém, perdura o

perigo no estado de liberdade do indivíduo. O que fazer? O ordenamento jurídico não responde.

Vale ressaltar que essas duas últimas hipóteses podem acontecer com diversos lapsos temporais diferentes. A pergunta é sempre a mesma. A partir desses lapsos, em quais hipóteses a prisão preventiva é cabível? O ordenamento jurídico não responde.

Por fim, imaginemos que não haja razão para prender preventivamente o suspeito logo após o cometimento do crime. Porém, depois de um mês (ou qualquer outro período de tempo), foi descoberto um fato de antes do crime que demonstre o perigo em seu estado de liberdade. O fato não é contemporâneo, também não é após o cometimento do crime, mas, para o processo, ele é novo. Esse conceito de novidade é enquadrável no dispositivo? O ordenamento jurídico não responde.

Não é a intenção do presente trabalho científico escolher uma interpretação em detrimento da outra, definindo eventual exatidão da interpretação. Essa é uma atividade subjetiva essencial para o mundo jurídico, sobretudo para a adequação do entendimento jurisprudencial aos anseios sociais. Todavia, tendo em vista o caráter científico do trabalho, não se pretende isso neste momento.

O judiciário precisa fazer essa interpretação. O judiciário decide escolher uma interpretação em detrimento da outra. Essa escolha não só é inerente à interpretação judicial, mas é seu dever institucional.

Acerca do presente requisito, o ordenamento jurídico impõe que o judiciário fundamente demonstrando o eventual fato novo ou contemporâneo.

Analisar essa fundamentação, essas escolhas nas decisões judiciais, é o objetivo desta pesquisa.

1.8 Hipóteses de Cabimento (Art. 313 do CPP)

Uma vez requerida a prisão preventiva pelos agentes anteriormente descritos, ou representada pela autoridade policial, o judiciário analisará os requisitos acima (finalidades legais, “*fumus commissi delicti*”, perigo gerado pelo estado de liberdade e existência de fatos novos ou contemporâneos).

Porém, mesmo que todos esses requisitos sejam supridos, o judiciário não poderá decretar a prisão preventiva caso não seja uma das hipóteses do Art. 313, do CPP, quais sejam:

Art. 313. Nos termos do [art. 312 deste Código](#), será admitida a decretação da prisão preventiva: [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no [inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#); [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).
(BRASIL, 1941)

Evidentemente, o crime precisa ser enquadrado em apenas uma das hipóteses. Ou seja, não são requisitos cumulativos.

Vejamos cada uma das hipóteses individualizadamente.

1.8.1 Crimes dolosos punidos com pena pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos

Assim como nas outras hipóteses de cabimento, o legislador foi claro e objetivo.

Nesta, o judiciário deverá analisar apenas dois pontos: o tipo subjetivo do crime e a pena. Para esquematizar de forma didática, vejamos:

Calculado no fundamento de que ora se cuida, temos que é necessário:

- 1º) tenha ocorrido a prática de crime;
- 2º) que o crime seja doloso;
- 3º) que o crime doloso seja punido com pena privativa de liberdade;
- 4º) que a pena privativa de liberdade máxima cominada seja superior a quatro anos.

Disso se extrai que:

- 1º) não é possível a prisão preventiva em relação à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade (§ 1º do art. 282);
- 2º) não é possível prisão preventiva em razão da prática de contravenção penal;
- 3º) não se admite prisão preventiva nos crimes culposos (sob o fundamento que estamos analisando);
- 4º) é possível prisão preventiva nos crimes preterdolosos (dolo no antecedente e culpa no consequente);

5º) é possível, a priori, prisão preventiva em razão da prática de crime punido com reclusão ou detenção. (MARCÃO, p. 140, 2012)

1.8.2 Se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal

O legislador também foi claro. Desde que respeitados os requisitos legais, é cabível a prisão preventiva para o suposto criminoso reincidente.

Entende-se por reincidente aquele indivíduo

quem pratica um crime após ter transitado em julgado sentença que, no País ou no estrangeiro, condenou-o por crime anterior, enquanto não houver transcorrido cinco anos do cumprimento ou da extinção da pena. (BITENCOURT, 2010, p. 278)

Como o indivíduo ainda não foi condenado por meio de sentença penal condenatória transitada em julgado para esse outro crime, nesse momento da decretação, não pode ser considerado reincidente.

Mas, tendo em vista o “*fumus commissi delicti*” inerente à cautelaridade, o legislador optou por elencar essa hipótese de cabimento.

Nesse sentido, é imprescindível salientar que o judiciário deve observar três pontos: o tipo subjetivo do crime anterior que o suposto reincidente foi condenado, o tempo transcorrido para fins do art. 64 e o tipo subjetivo do suposto crime a partir do qual a prisão preventiva será cabível. Isto é, o crime anterior precisa ser doloso, não pode ter decorrido o período de cinco anos do referido dispositivo e o suposto novo crime cometido pelo suspeito também precisa ser doloso.

Vale, também, diferenciar o argumento da reiteração criminosa da reincidência da presente hipótese de cabimento.

O judiciário consolidou entendimento jurisprudencial no sentido de considerar, para fins de reiteração criminosa, ações penais e inquérito policiais em curso, maus antecedentes, atos infracionais pretéritos:

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "a **preservação da ordem pública justifica a imposição da prisão preventiva quando o agente ostentar maus**

anteriores, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos ou mesmo ações penais em curso, porquanto tais circunstâncias denotam sua contumácia delitiva e, por via de consequência, sua periculosidade" (grifo do autor) (RHC 107.238/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 12/3/2019).

Perceba-se que, para fins de reiteração criminosa, o rol de hipóteses é maior do que o Art. 313, II, do CPC.

A reiteração criminosa, entretanto, fundamenta apenas a finalidade legal de garantia à ordem pública, não preenche a hipótese do cabimento do presente tópico.

Ou seja, havendo uma ação penal em curso de outro suposto crime, o requisito, relativo à finalidade legal, do Art. 312, está suprido. Porém, a hipótese de cabimento do Art. 313, II, não está.

Nada impede, entretanto, que o novo crime se enquadre em um dos outros dois dispositivos do Art. 313 do CPC. A partir disso, suprirá a garantia da ordem pública, tendo em vista a reiteração criminosa (entendimento jurisprudencial), e a hipótese de cabimento por preencher o inciso I ou III do Art. 313.

Por fim, vale notar que os dispositivos dos incisos do Art. 313 não são analisados cumulativamente. Assim, o parâmetro do primeiro inciso, relativo à pena máxima superior a quatro anos, não cabe nessa hipótese de cabimento. Por tal razão, caso haja uma suposta reincidência de um crime doloso com pena inferior a quatro anos, a hipótese de cabimento está suprida, passando-se a analisar os outros requisitos legais.

1.8.3 Se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Acerca desta hipótese de cabimento, é importante pormenorizar alguns conceitos do dispositivo.

O ordenamento jurídico, nesse sentido, conceituou, no Art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. (BRASIL, 1990)

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), por sua vez, normatiza que

Art. 1º É instituído o Estatuto da Pessoa Idosa, destinado a regular os direitos assegurados **às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.** (grifo do autor) ([Redação dada pela Lei nº 14.423, de 2022](#)) (BRASIL, 2003)

No Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), tem-se que

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2015)

Ou seja, para aplicar a hipótese de cabimento deste tópico, o judiciário deve considerar, para fins de interpretação judicial, os conceitos do ordenamento jurídico supracitados.

Vale destacar que, mais uma vez, no final do dispositivo, o legislador se preocupou em situar a prisão preventiva como a exceção da exceção. Ou seja, primeiro serão aplicadas as medidas protetivas urgentes. Caso elas não sejam suficientes no caso concreto, aplicar-se-á a prisão preventiva como medida cautelar inevitável.

Nesse sentido, novamente, o judiciário deve fundamentar a decretação da prisão preventiva com sua necessidade em detrimento das outras medidas protetivas.

1.8.4 Prisão para identificação civil (Art. 313, § 1º, CPP)

O legislador estabeleceu essa hipótese para casos em que o suspeito não fornece elementos suficientes para esclarecer a sua identificação:

Art. 313. Nos termos do [art. 312 deste Código](#), será admitida a decretação da prisão preventiva: ([Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a

identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) (BRASIL, 1941)

A identificação civil e criminal do suspeito tem regulamentação própria através da Lei nº 12.037/2009. Nessa oportunidade, o legislador, em seu Art. 1º, estabeleceu que “O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta Lei.”

A partir disso, estabeleceu as formas de identificação civil:

Art. 2º A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos:

I – carteira de identidade;

II – carteira de trabalho;

III – carteira profissional;

IV – passaporte;

V – carteira de identificação funcional;

VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado.

Parágrafo único. Para as finalidades desta Lei, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares. (BRASIL, 2009)

Em seguida, estabeleceu as hipóteses a partir das quais o suspeito deve se submeter à identificação criminal:

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais. (BRASIL, 2009)

Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado. (BRASIL, 2009)

Uma vez necessária a prisão preventiva, a dispensabilidade dos outros requisitos para a sua decretação é divergência na doutrina. Vejamos.

Para Renato Marcão,

A decretação da prisão preventiva com fundamento na hipótese tratada não reclama a presença de qualquer das circunstâncias indicadas no art. 312, caput, do CPP (garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; assegurar a aplicação da lei penal) ou das hipóteses do art. 313, I e II, do CPP (crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos; reincidente doloso, ressalvada a prescrição da reincidência), e bem por isso pode ser decretada em relação a crime culposos, mas é preciso ter em vista o disposto na Lei n. 12.037/2009, de onde se extrai que, em regra, o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal. (grifos do autor) (MARCÃO, 2012, p.145)

Aury Lopes Jr., por sua vez, entende o exato oposto:

Para que seja decretada a prisão preventiva do imputado por haver dúvida em relação à identidade civil são imprescindíveis o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Mais do que isso, até por uma questão de proporcionalidade, **pensamos ser necessária uma interpretação sistemática, à luz do inciso I do art. 313** (topograficamente situado antes, como orientador dos demais), **para que se exija um crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos. Impensável decretar uma preventiva com base neste parágrafo único em caso de crime culposos, por exemplo.** Da mesma forma, como regra, incabível para crimes de menor gravidade, em que sequer a preventiva seria possível. (LOPES JÚNIOR, p. 620, 2020) (grifos do autor)

Não é o papel desta pesquisa apresentar uma resposta para essa divergência, mas, tendo em vista o propósito científico, é importante apresentá-la.

Vale destacar, também, que nenhuma das duas interpretações doutrinárias vincula a interpretação judicial no caso concreto.

Como a vedação expressa à utilização da prisão preventiva para execução provisória da pena já foi explanada anteriormente, analisar-se-á o dispositivo seguinte.

1.9 Vedação à prisão preventiva nos casos de excludentes de ilicitude (Art. 314, CPP)

O dispositivo seguinte normatiza a vedação da prisão preventiva em casos nos quais o agente atuou em circunstâncias fáticas que caracterizam hipóteses de excludentes de ilicitude.

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos [incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#). [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#). (BRASIL, 1941)

Para complementar a ilustração, averiguemos o dispositivo supramencionado, que é disposto no Código Penal:

Exclusão de ilicitude

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (BRASIL, 1940)

A lógica é extremamente simples. A prova da existência do crime é requisito precípua para decretação da prisão preventiva. Sendo a ilicitude fator essencial para a tipificação da conduta como criminosa, a verificação de uma excludente de ilicitude afasta a própria existência do crime e, portanto, afasta o requisito do Art. 312, caput, do CPP, razão pela qual tal medida cautelar não poderá ser aplicada. O Art. 314 vem apenas para reforçar essa lógica de forma expressa.

1.10 Parâmetros legais para a fundamentação de qualquer decisão (Art. 315, CPP)

O Art. 315 do Código de Processo Penal cria parâmetros legais de como o magistrado deve fundamentar sua decisão. Em seu caput, o legislador extrai uma norma do Art. 93, IX, da Carta Magna:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) (BRASIL, 1941)

A disposição supramencionada é consequência lógica da disposição constitucional:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, **e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (grifo do autor) [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#) (BRASIL,1988)

A escolha legislativa de repetir esse dever do magistrado de fundamentar a decisão decorre do objetivo de introduzir os parâmetros legais para fundamentação do Art. 315 e da pretensão de dar mais subsídios legais para a parte que vier a ser prejudicada por decisão não fundamentada.

O Art. 315, § 1º, como já pormenorizado anteriormente, repete a exigência de fatos novos ou contemporâneos para decretação da prisão preventiva. Da mesma forma que o Art. 312, § 2º, ele não conceitua esse requisito e, conseqüentemente, causa vazios conceituais e lacunas em determinadas situações.

Apesar de suas relevâncias, esses primeiros dispositivos não são os mais importantes do Art. 315, até porque eles apenas replicam normas já presentes no ordenamento jurídico.

O dispositivo mais inovador é o Art. 315, § 2º, ao normatizar que

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do

entendimento. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)
(BRASIL,1941)

Não se pretende findar a discussão teórica sobre essas inovações legislativas, muito menos aprofundar cada determinação legal.

Entretanto, algumas considerações gerais são importantes.

Primeiro, esses parâmetros legais de interpretação não se restringem à decisão concernente à prisão preventiva. O parágrafo determina, expressamente, que o magistrado deve seguir esses requisitos em “qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão”.

O presente trabalho acadêmico, através de quesitos que serão posteriormente detalhados, pretende dissecar acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e analisar, cientificamente, como a jurisprudência vem se adaptando aos requisitos legais, às hipóteses de cabimento e aos parâmetros legais de interpretação desse dispositivo.

Evidentemente, como apenas os acórdãos serão dissecados, alguns dispositivos não conseguirão ser analisados, como o Art. 315, § 2º, incisos IV e VI, porque isso demandaria uma análise de toda defesa do suspeito, o que tornaria a pesquisa inviável.

Na mesma situação de inviabilidade científica, incorre o inciso III, uma vez que a análise do motivo como passível de “justificar qualquer outra decisão” demanda interpretação individual e subjetiva, o que não se pretende realizar na presente pesquisa.

Nos incisos I, II e V, os quesitos responderão se o acórdão subsumiu as hipóteses dos respectivos dispositivos às circunstâncias fáticas do caso concreto.

Entretanto, não será feito um juízo de suficiência da subsunção, isto é, a pesquisa pretende responder se o magistrado fundamentou a indicação, a reprodução, a paráfrase de ato normativo, os conceitos jurídicos indeterminados, os precedentes ou os enunciados de súmula com base nas circunstâncias fáticas do caso concreto, mas não se a fundamentação foi suficiente ou insuficiente.

A razão pela qual todo quesito será respondido assim é a mesma: uma análise a partir de um juízo de suficiência e/ou exatidão implicaria em interpretação subjetiva, o que não se pretende na pesquisa.

1.11 Revogação, nova decretação e manutenção da prisão preventiva (Art. 316, CPP)

Para finalizar o capítulo, o legislador determinou o seguinte:

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#)

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. (BRASIL,1941)

O dispositivo supracitado deve ser lido juntamente com o Art. 282, § 5º e 6º, do CPP:

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

§ 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (BRASIL,1941)

Diversos pontos necessitam de destaque acerca das normas supramencionadas.

Primeiramente, acerca da cabeça do dispositivo, três situações são apresentadas: (1) revogação da prisão preventiva; (2) substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa; (3) decretação de nova prisão preventiva.

O ordenamento jurídico é expresso em estabelecer que, nessas situações, o juiz poderá decidir de ofício. Nas duas primeiras hipóteses, isso é facilmente compreensível, haja vista a interpretação sistêmica com o Art. 282, § 5º.

Entretanto, a terceira hipótese, apesar de também estar coerente com o Art. 282, § 5º, aparentemente, diverge do Art. 311, uma vez que, como já foi pormenorizado anteriormente, naquela oportunidade, o legislador foi expresso e claro ao retirar a possibilidade da decretação *ex officio* da prisão preventiva.

A partir disso, duas hipóteses interpretativas sobrevêm: (1) o legislador considerou necessário o requerimento de medida cautelar apenas para a decretação da primeira prisão

preventiva, mas não para prisões preventivas subsequentes; (2) o Art. 316, nesse ponto, é inaplicável, por suposta contradição com o Art.311.

Para o professor Eugênio Pacelli

O que prevê a segunda parte do art. 316 do CPP é que o juiz poderia novamente decretar a preventiva se sobrevierem razões que a justifiquem. Em nossa compreensão (tal como na hipótese de flagrante), nenhum impedimento existirá para que essa nova decretação (portanto, não é uma ordem originária de prisão) seja realizada de ofício, na medida em que o próprio juízo verificou, posteriormente, que as cautelares menos gravosas (ou até a liberdade sem cautelar alguma) não se revelaram como suficientes em face do que dispõe o art. 312 do CPP. O que se exige, na hipótese, é ordem de prisão anterior (decretada a requerimento ou a partir da conversão de prisão em flagrante), uma vez que o mero descumprimento de cautelar não autoriza que o juiz decrete a preventiva de ofício (art. 282, § 4º). (2021, p. 661)

Porém, a opinião doutrinária, apesar de extremamente elucidativa e coesa, não impede que o judiciário entenda de forma diversa.

Até o momento, nesse sentido, não há consolidação de entendimento jurisprudencial quanto à decretação, de ofício, da nova prisão preventiva após razões ulteriores subsistirem.

No parágrafo único, o legislador impõe que o judiciário revise a necessidade da manutenção da prisão preventiva “ a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”.

Como explanado anteriormente, a prisão preventiva não tem prazo pré-estabelecido no momento de sua decretação. Portanto, esse dispositivo sobreveio com a intenção de impor uma revisão da necessidade de tal medida cautelar, evitando, assim, constrição de liberdade desproporcional ao caso concreto.

Nesse sentido, em uma primeira análise, aparentemente, a prisão preventiva se tornaria ilegal a partir do momento que não fosse revisada após os 90 dias, e prisão ilegal precisa ser relaxada, nos termos do Art. 5º, LXV, CRFB/88.

Entretanto, não é o entendimento jurisprudencial. O Supremo Tribunal Federal (STF) fixou que

A inobservância do prazo nonagesimal do art. 316 do Código de Processo Penal (CPP) **não implica automática revogação da prisão preventiva**, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos. (grifo do autor) (SL 1395 MC Ref/SP, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 14 e 15.10.2020.)

Dessa forma, o dispositivo deve ser lido a partir do entendimento jurisprudencial, a partir do qual estabelece que essa ilegalidade prevista não é consequência imediata após o decurso do prazo nonagesimal e que, caso o magistrado entenda por revogar a prisão preventiva, necessita reavaliar a legalidade e a atualidade dos fundamentos da referida medida cautelar.

Isto é, o órgão judicial competente não pode simplesmente relaxar ou revogar uma prisão a partir do fundamento de suposta ilegalidade decorrente do decurso do prazo nonagesimal do Art. 316, pois estaria atuando em descompasso com o entendimento da Suprema Corte.

Capítulo 2 - Análise Qualitativa das Decisões

2.1 - Apresentação do método

A pesquisa acadêmica consistirá em uma análise qualitativa dos acórdãos da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgados entre 01 de janeiro de 2022 e 01 de novembro de 2022, que confirmaram a decretação da prisão preventiva do juízo de primeira instância, por meio de decisão denegatória de Habeas Corpus.

O objetivo da pesquisa é investigar como o Judiciário correlaciona as circunstâncias fáticas a determinados requisitos legais que regulamentam a decretação da prisão preventiva.

Para a consecução dessa finalidade, foram formulados quesitos e subquesitos por meio dos quais foi possível extrair, da análise qualitativa, o “*modus operandi*” do Judiciário na fundamentação da decretação da prisão preventiva.

Neste capítulo, portanto, serão apresentados, de forma detalhada e didática, (i) os parâmetros utilizados para a busca das decisões jurisprudenciais; (ii) a amostragem da pesquisa empírica; (iii) os quesitos e os subquesitos, propriamente ditos; (iv) a forma de análise dos quesitos e subquesitos; e, por fim, (v) os resultados da pesquisa empírica.

2.1.1 - Parâmetros utilizados para a busca jurisprudencial

As decisões judiciais da pesquisa acadêmica foram extraídas por meio de consulta jurisprudencial no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Os parâmetros utilizados para a busca foram anexados a este trabalho acadêmico (Apêndice A).

2.1.2 - Parâmetros utilizados para a escolha da amostra

O método para escolher a amostra foi efetuado a partir de duas fases.

A primeira fase consistiu na delimitação da quantidade de decisões encontradas em um número amostral exequível. Isto é, a partir dos parâmetros supracitados, sobreveio uma quantidade de decisões demasiadamente alta.

A partir disso, restou evidente que seria inexecuível analisar todas as decisões encontradas pela busca jurisprudencial. Por essa razão, foi extraído um número para servir de amostra da pesquisa empírica.

Para essa delimitação, foi utilizado um cálculo amostral a partir dos parâmetros ilustrados no Apêndice B, no qual estão presentes todas as ilustrações concernentes à escolha da amostra.

A plataforma utilizada foi um aplicativo denominado “Cálculo Amostral”, instalado a partir do Google Play.

Portanto, utilizou-se o número total de decisões encontradas para, a partir do cálculo amostral apresentado, delimitar-se uma amostra.

Com os respectivos parâmetros, foram encontradas 172 decisões judiciais e, a partir dos índices de erro amostral, de heterogeneidade e de nível de confiança supramencionados, sobreveio um número amostral de 35 decisões judiciais para serem analisadas.

Nesse ínterim, a delimitação da quantidade de decisões encontradas pela busca jurisprudencial em um número amostral exequível, através de parâmetros pré-estabelecidos, foi a primeira fase.

Ocorre que, a partir desse número amostral, sobreveio a seguinte indagação: como escolher, nas decisões encontradas pela busca jurisprudencial, a amostra de decisões que será utilizada na pesquisa empírica ?

Diante dessa indagação, sucedeu-se a segunda fase, e a técnica utilizada para determinar quais acórdãos seriam utilizados foi a da Amostragem Aleatória Simples, que basicamente é

o processo mais elementar e frequentemente utilizado. Corresponde a uma amostra de elementos retirados ao acaso da população, isto é, cada indivíduo é escolhido completamente ao acaso e cada membro da população tem a mesma probabilidade de ser incluído na amostra. Para obtermos essa amostragem, usamos uma tabela de números aleatórios ou através de programas de computador que podem ser usados para gerar um conjunto de números aleatórios. Basta informar o tamanho da população e a quantidade de números aleatórios necessária. (PAULA, 2019)

Para a consecução desse sorteio de números aleatórios, que gerou a amostra que foi efetivamente utilizada, o presente trabalho acadêmico utilizou a plataforma Sorteador.com.br e o respectivo sorteio foi anexado juntamente com as outras ilustrações referentes aos parâmetros utilizados para a escolha da amostra.

Esses números sorteados foram utilizados juntamente com os números das decisões da consulta jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, como pode ser visto nas ilustrações anexas, são ordenadas por data de publicação.

Logo, essa ordenação foi utilizada de modo a colidir com os números sorteados a fim de se extrair uma amostragem aleatória simples. Ou seja, os números sorteados serviram de parâmetro para, na ordenação da busca jurisprudencial, decidir quais seriam as decisões analisadas.

A partir disso, foram analisadas a sexta decisão encontrada, a décima decisão encontrada, a décima segunda decisão encontrada, etc.

2.1.3 - Apresentação dos quesitos e subquesitos

Uma vez explanado o método que foi utilizado para determinar a amostra de decisões judiciais que foram analisadas na pesquisa empírica, cabe, neste tópico, apresentar os quesitos e os subquesitos que serviram de base para a investigação da fundamentação da decretação da prisão preventiva.

Inicialmente, é imprescindível ressaltar que foram feitas duas tabelas ilustrativas com os quesitos principais, os subquesitos e os respectivos fundamentos legais, a partir dos quais sobrevieram as indagações (Apêndice C).

2.1.3.1 - Quesito 1: A finalidade legal da prisão preventiva no caso concreto

A partir deste primeiro quesito, pretendeu-se entender como o Judiciário costuma aplicar o Art. 312, caput, do Código de Processo Penal, relativamente à finalidade da prisão preventiva, no caso concreto.

Para a consecução dessa pretensão, foi elaborado um quesito principal e, diante da resposta a este quesito principal, incidiu um respectivo subquesito.

Por exemplo, ao se analisar um acórdão judicial X, a resposta para o quesito nº 1 (“O que o órgão julgador pretendeu garantir com a decretação da prisão preventiva?”) foi “O órgão julgador pretendeu garantir a ordem pública”.

Diante dessa resposta, incidiu-se o seguinte subquesito: “Qual foi o fundamento para justificar a ameaça à ordem pública?”

A lista de respostas ao quesito principal, com os seus respectivos subquesitos, encontra-se na tabela mencionada anteriormente.

Evidentemente, para cada decisão judicial sobreveio uma resposta ao quesito principal e, conseqüentemente, uma resposta ao respectivo subquesito.

A partir dessas respostas, foi elaborado o resultado da pesquisa acadêmica.

Com esse resultado, foi possível investigar como o Judiciário costuma subsumir o caso concreto ao Art. 312, caput, do Código de Processo Penal.

2.1.3.2 - Quesito 2: A existência ou a inexistência de fatos novos e contemporâneos como fundamentação na decisão

A contemporaneidade do fato justificante da prisão preventiva foi uma preocupação extremamente latente do legislador reformador. Ele fez questão de repetir, *ipsis litteris*, a obrigatoriedade do Judiciário fundamentar a decisão de decretação de prisão preventiva a partir de “fatos novos ou contemporâneos” em dois momentos: Art. 312, § 2º, CPP e no Art. 315, § 1º, CPP.

Ainda, no Art. 316, caput, *in fine*, do CPP, de forma similar, obriga que o Judiciário fundamente a decisão de manutenção da prisão preventiva apenas “se sobrevierem razões que a justifiquem”.

Ou seja, para o legislador do diploma processual penal, a existência de fatos novos ou contemporâneos é muito importante para a decretação da prisão preventiva.

Ocorre que, como já foi pormenorizado no Capítulo 1, Tópico 1.7, deste trabalho acadêmico, o legislador não define fatos novos nem fatos contemporâneos.

A despeito de não se pretender aprofundar essa discussão, é ímpar ressaltar que, no mínimo, houve uma contradição teleológica do legislador ao se repetir três vezes a obrigatoriedade do Judiciário em fundamentar a decisão a partir de um conceito extremamente vago sem ao menos defini-lo da forma mais sutil que seja.

Diante desse vazio conceitual, pretendeu-se, a partir deste terceiro quesito, investigar como a jurisprudência vem amoldando esses termos (“novos” e “contemporâneos”) aos casos concretos e, conseqüentemente, amoldando as normas jurídicas que os contêm.

Para a consecução dessa pretensão, foi elaborado um quesito principal simples e, diante da resposta a este quesito principal, incidiu um respectivo subquesito.

Por exemplo, ao se analisar um acórdão judicial X, a resposta para o quesito nº 2 (“A existência ou a inexistência de fatos novos ou contemporâneos foi utilizada como fundamento pelo órgão julgador?”) foi “Sim, foi utilizada como argumento”.

Diante dessa resposta, incidiu-se o seguinte subquesito: “Como a existência ou a inexistência de fatos novos ou contemporâneos foi utilizada para fundamentar a decretação da prisão preventiva?”

Caso a resposta tenha sido negativa, evidentemente não houve subquesito.

A partir dessas respostas, foi elaborado o resultado da pesquisa acadêmica.

Com esse resultado, foi possível investigar como os termos “fatos novos ou contemporâneos” vêm se amoldando à realidade judiciária.

Vale ressaltar, pois, que essa resposta é crucial para se entender, objetivamente, o amoldamento da norma processual penal à realidade judiciária, uma vez que não basta a análise da lei seca para se entender o que é o Direito, sobretudo em normas com termos genéricos como essas. Diante disso, deve haver um aprofundamento no padrão de fundamentação do Judiciário para se entender qual está sendo o conteúdo efetivo daquela norma no ordenamento jurídico pátrio.

2.1.4 - Forma de análise

Neste tópico, será abordada a forma de análise dos quesitos supramencionados acima e, conseqüentemente, qual o caráter da pesquisa empírica.

Nesse contexto, alguns ensinamentos conceituais são importantes para diferenciarmos a pesquisa qualitativa da pesquisa quantitativa:

A pesquisa qualitativa se diferencia da quantitativa de acordo com a forma de abordagem de uma realidade e da maneira pela qual os dados são coletados, tratados e analisados. O método qualitativo não aplica instrumentos estatísticos para análise de um problema, uma vez que seu objetivo não é medir nem numerar os eventos estudados (RICHARDSON, 2008).(grifo do autor)

Em resumo, a pesquisa quantitativa está relacionada à investigação de uma realidade mais objetiva, a partir, fundamentalmente, de uma mera inferência dedutiva que será materializada através de resultados estatísticos.

Por sua vez, a pesquisa qualitativa diz respeito a uma análise mais criteriosa e pormenorizada do assunto, a partir da qual o pesquisador adentra no que está sendo investigado a fim de detalhar seu conteúdo.

O presente trabalho acadêmico é uma pesquisa qualitativa. Isto é, a preocupação principal é analisar de forma aprofundada os argumentos justificantes para os pressupostos

autorizadores constantes nos Arts. 312, caput, e 315, § 1º, ambos do Código de Processo Penal.

Por exemplo, observemos o Quesito 2: “A existência ou a inexistência de fatos novos ou contemporâneos foi utilizada como fundamento pelo órgão julgador?”.

Dessa indagação, após analisar todas as decisões de determinada Câmara Criminal, inevitavelmente sobreveio um resultado estatístico de “Para X decisões, sim. Para Y decisões, não.” Essa foi uma análise quantitativa, decorrente de uma inferência dedutiva da realidade objetiva.

Porém, tendo em vista o número amostral reduzido trabalhado, essa modalidade de análise não foi o objetivo principal dessa pesquisa, servindo apenas de base para dar um parâmetro ao leitor.

Nesse sentido, no subquesito do Quesito 2, nas decisões que a resposta for “Sim”, temos a seguinte indagação: “Como a existência ou a inexistência de fatos novos ou contemporâneos foi utilizada para fundamentar a decretação da prisão preventiva?”

A utilização proposital do termo “como” foi proposital e teve como objetivo ir além de uma mera análise quantitativa e objetiva da realidade judiciária. Esse foi o objetivo principal do trabalho acadêmico.

Isto é, a resposta para esse subquesito demandou um aprofundamento na fundamentação do órgão julgador para entender como o Judiciário está subsumindo o caso concreto à contemporaneidade ou à novidade da norma processual penal. Consequentemente, o resultado empírico nesses casos será demonstrado de forma mais aprofundada.

Vale ressaltar que o objetivo não é apresentar um resultado dicotômico entre bom ou ruim, mas apresentar a forma pela qual a fundamentação da decisão é feita e os argumentos justificantes utilizados.

Portanto, a forma de análise da pesquisa teve caráter qualitativo, com o aprofundamento proposital e desejável pelo pesquisador, a partir do qual foi possível uma análise mais pormenorizada da fundamentação do Judiciário nos casos estudados.

2.2 - Resultado da Pesquisa Empírica

2.2.1 - Resultado do Quesito 1

Inicialmente, é imprescindível salientar que, como foi ilustrado no gráfico ilustrativo dos resultados do primeiro quesito (Apêndice D), em 97% das decisões analisadas (34 das 35 decisões), o órgão julgador preocupou-se em subsumir o caso concreto a alguma finalidade legal do Art. 312.

Em apenas uma das 35 decisões analisadas da Primeira Câmara Criminal, um juiz convocado do órgão julgador confirmou a decretação da prisão preventiva de forma genérica:

Constam dos autos cópia da decisão que recebeu a denúncia e decretou a prisão preventiva do réu, ora paciente, podendo-se verificar que a decisão se encontra suficientemente fundamentada, sendo considerados presentes a materialidade do crime, os indícios de autoria e os pressupostos autorizadores da medida cautelar. (TJ-RJ - HC nº 0036149-24.2022.8.19.0000 RJ, Relator: RAFAEL ESTRELA NÓBREGA, Data de Julgamento: 21/06/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 22/06/2022)

Percebe-se que ele meramente cita eventuais “pressupostos autorizadores”, não descrevendo quais pressupostos ele toma como base nem por que eles se aplicam ao caso concreto.

Todavia, essa decisão do juiz convocado destoa do padrão do órgão julgador.

A despeito de como a fundamentação se procede (o que será pormenorizado adiante durante o resultado dos subquesitos), o órgão julgador se preocupa em subsumir o caso concreto a, pelo menos, alguma das finalidades legais do Art. 312.

Nesse íterim, como pode ser extraído do gráfico acima, em todas as decisões fundamentadas com base em alguma finalidade legal, a ordem pública foi o principal argumento justificante utilizado.

Ao que parece, diante dessa estatística, para o órgão julgador, o preenchimento da ordem pública como pressuposto autorizador é praticamente obrigatório, podendo complementá-lo com outro pressuposto do Art. 312 para enriquecer a robustez argumentativa.

Dito isso, o resultado da pesquisa acadêmica para o quesito principal nº 1 (“O que o órgão julgador pretendeu garantir com a decretação da prisão preventiva?”) foi, portanto: (i) Em 34% das decisões, o órgão julgador pretendeu garantir apenas a ordem pública; (ii) Em 26% das decisões, o órgão julgador pretendeu garantir a ordem pública e a conveniência da instrução criminal; (iii) Em 20% das decisões, o órgão julgador pretendeu garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal; (iv) Em 17% das decisões, o órgão julgador pretendeu garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal; e,

por fim, (v) Em 3% das decisões, o órgão julgador não fundamentou com base em alguma finalidade legal.

Dito isso, adentrar-se-á nas respostas aos subquestitos para se entender o seguinte: (i) O que o órgão julgador entende por ordem pública e, conseqüentemente, como ele fundamenta a subsunção a tal pressuposto autorizador?; (ii) O que o órgão julgador entende por assegurar a aplicação da lei penal e, conseqüentemente, como ele fundamenta a subsunção a tal pressuposto autorizador?; (iii) O que o órgão julgador entende por conveniência à instrução criminal e, conseqüentemente, como ele fundamenta a subsunção a tal pressuposto autorizador?;

2.2.1.1 - Resultado do Subquestito 1 (O que o órgão julgador entende por ordem pública e, conseqüentemente, como ele fundamenta a subsunção a tal pressuposto autorizador?)

Para fins de análise estatística deste subquestito, foram consideradas todas as 34 decisões, 97% do número amostral, que utilizaram a ordem pública como fundamento das decisões.

Inicialmente, vale ressaltar que o órgão julgador utiliza esses quatro argumentos como os principais para fundamentar a ameaça à ordem pública: (i) gravidade em concreto do delito; (ii) periculosidade social do agente; (iii) risco de reiteração criminosa; (iv) necessidade de acautelar o meio social.

Nesse sentido, o resultado da pesquisa, como ilustrado no gráfico em apêndice (Apêndice E), a partir desses argumentos justificantes, foi o seguinte: (i) Em 32 das 34 decisões (94%), a gravidade em concreto do delito foi utilizada como um dos fundamentos para sustentar a ameaça à ordem pública; (ii) Em 23 das 34 decisões (68%), a periculosidade social do agente foi utilizada como um dos fundamentos para sustentar a ameaça à ordem pública; (iii) Em 21 das 34 decisões (62%), o risco de reiteração criminosa do agente foi utilizada como um dos fundamentos para sustentar a ameaça à ordem pública; (iv) Em 14 das 34 decisões (41%), a necessidade de acautelar o meio social foi utilizada como argumento para sustentar a ameaça à ordem pública.

Além desses argumentos, é ímpar ressaltar que, em algumas decisões, a preservação da credibilidade da justiça é utilizada como argumento para sustentar a ameaça à ordem pública. Todavia, essas decisões apenas citam esse argumento, juntamente com algum dos quatro anteriormente mencionados, e não o aprofunda.

Dito isso, pormenorizar-se-á, sem demonstração estatística, a partir de um teor preponderantemente qualitativo, cada resposta do subquesto para entendermos como o órgão julgador fundamenta (i) a gravidade em concreto do delito; (ii) a periculosidade social do agente; (iii) o risco de reiteração criminosa; e (iv) a necessidade de acautelar o meio social.

2.2.1.1.1 - Gravidade em Concreto do Delito

Diante da estatística anterior, percebe-se, de forma evidente, que a gravidade em concreto do delito é o fundamento mais utilizado para sustentar a ameaça à ordem pública. Portanto, é fundamental entender o que sustenta esse argumento.

Inicialmente, cabe ressaltar que a forma de fundamentar a gravidade em concreto do delito não é uníssona, variando dependendo do caso concreto.

Sem dúvida, o respaldo doutrinário mais utilizado para justificar esse fundamento é a conceituação de ordem pública do desembargador e doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

Conforme expõe o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, a garantia da ordem pública “demanda quesitos básicos como gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa.” (Prisão e Liberdade – as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403 de 04/05/2011 págs. 63/64).

A partir, especialmente, dessa conceituação, o Judiciário, em alguns momentos, utiliza a forma de execução do crime como parâmetro para sustentar esse argumento:

No caso em apreço, necessária a decretação da prisão preventiva dos custodiados para a garantia da ordem pública, **em face da gravidade em concreto do delito, evidenciada no seu modo de execução**, uma vez que os custodiados mediante grave ameaça, teriam supostamente roubado a vítima com emprego de arma de fogo. (TJ-RJ - HC nº 0065871-06.2022.8.19.0000 RJ, Relator: LUIZ ZVEITER, Data de Julgamento: 27/09/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 29/09/2022) (grifo do autor)

Já em outros momentos, utiliza o temor, ou repercussão, social daquele delito, como pode ser observado na decisão abaixo:

Convém destacar, ainda, que a prisão cautelar se faz necessária para a garantia da ordem pública, em especial **porque o tráfico**

de drogas enseja um ambiente preocupante à paz social da localidade, gerando temor aos moradores, em razão do domínio por facções criminosas que comandam diretamente a atividade e são por ela custeadas. Assim, impõe-se a atuação do Poder Judiciário, ainda que de natureza cautelar, com vistas ao restabelecimento da paz social concretamente violada pela conduta do(s) custodiado(s). [...] Iguualmente, vislumbra-se a presença do periculum in libertatis. No caso em tela, a prisão se justifica, por garantia da ordem pública, considerando a gravidade em concreto dos delitos, em tese, cometidos pelo paciente, **os quais vêm trazendo grande temor à sociedade, a qual clama por um mínimo de segurança.** (TJ-RJ - HC nº 0059274-21.2022.8.19.0000 RJ, Relatora: MARIA SANDRA KAYAT DIREITO, Data de Julgamento: 13/09/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 15/09/2022) (grifos do autor)

Nos casos de tráfico de drogas ou de milícias privadas, a gravidade em concreto do delito fundamentada a partir do temor causado à região é o principal argumento:

Convém destacar que a prisão cautelar se faz necessária para a garantia da ordem pública, em especial porque **o tráfico de drogas enseja um ambiente preocupante à paz social da cidade de Belford Roxo gerando temor a moradores da comarca, em razão do domínio por facções criminosas que comandam diretamente a atividade e são por ela custeadas.** (TJ-RJ - HC nº 0036945-15.2022.8.19.0000 RJ, Relator: LUIZ ZVEITER, Data de Julgamento: 21/06/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 22/06/2022) (grifo do autor)

Em outros momentos, o órgão julgador se preocupa em fundamentar a gravidade em concreto do delito a partir de uma jurisprudência que, relativamente, consolida a gravidade de determinada conduta:

[...] **a gravidade in concreto do delito, ante o modus operandi empregado**, permite concluir pela periculosidade social do acusado e pela conseqüente presença dos requisitos autorizadores da prisão cautelar, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, em especial para garantia da ordem pública. (apud, RHC 192191 AgR, Órgão julgador: Segunda Turma, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 04/11/2020, Publicação: 09/11/2020) (grifo do autor)

[...] 2. Na hipótese, os fundamentos do decreto prisional não se mostram desarrazoados, mormente quando ressaltam a gravidade concreta do delito, evidenciada pelo modus operandi empregado: crime de roubo praticado com o emprego ostensivo de arma de fogo e em concurso de agentes (três comparsas); além disso, no momento da prisão em flagrante, os Acusados foram surpreendidos na posse de um carregador de pistola .40, com onze munições intactas, o que justifica a prisão cautelar como garantia da ordem pública. (HC 643.512/BA,

Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2021, DJe 30/04/2021).

Portanto, extrai-se das respostas ao quesito principal e deste subquesito que, majoritariamente, as decisões de confirmação de decretação da prisão preventiva são fundamentadas a partir da gravidade em concreto do delito.

A sustentação desse argumento, por sua vez, varia de acordo com o caso concreto, podendo ser, por exemplo, temor social gerado pela conduta delituosa, forma de execução, etc.

Além disso, algumas vezes, o órgão também traz fundamentação jurisprudencial a fim de amparar uma eventual uniformização de entendimento no sentido de considerar a gravidade em concreto de determinada conduta.

Dito isso, passemos para o próximo argumento utilizado para sustentar a ameaça à ordem pública.

2.2.1.1.2 - Periculosidade Social do Agente

Geralmente, assim como os outros argumentos, a periculosidade social do agente se comunica com a gravidade em concreto do delito. Isto é, o órgão julgador entende que, a partir do suposto cometimento de uma conduta tão grave o agente deve ser considerado perigoso e, portanto, preso preventivamente.

Vejam alguns exemplos:

Portanto, **a periculosidade dos custodiados, evidenciada na gravidade em concreto do delito, demonstra a necessidade de se acautelar o meio social**, que não pode ser velado, neste momento, por nenhuma outra medida cautelar constrictiva de liberdade [...] (TJ-RJ - HC nº 0065871-06.2022.8.19.0000 RJ, Relator: LUIZ ZVEITER, Data de Julgamento: 27/09/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 29/09/2022) (grifo do autor)

Essa decisão é um excelente exemplo para se perceber a comunicação que o órgão julgador costuma fazer entre os argumentos justificantes da prisão preventiva, colocando a gravidade em concreto do delito como principal base fundamentativa e a necessidade de acautelar o meio social (outro argumento) a partir da prisão preventiva como suposto único fim possível.

O vínculo entre periculosidade social do agente e gravidade em concreto da conduta é respaldado, em algumas decisões, por lastro jurisprudencial da Corte Suprema:

2. Prisão preventiva decretada em razão do risco à ordem pública, pois as circunstâncias concretas da prática do crime indicam a periculosidade do agente. Precedentes. (HC 132471 AgR / RJ - AG.REG. NO HABEAS CORPUS - Relator(a): Min. ROSA WEBER – Julgamento: 19/04/2016 - Órgão Julgador: Primeira Turma). (grifo do autor)

Assim como do Superior Tribunal de Justiça:

4. Caso em que a prisão preventiva foi mantida pelo Tribunal para garantia da ordem pública em razão da periculosidade social da recorrente, evidenciada pelas circunstâncias concretas extraídas do crime - a ré, integrante de associação criminosa voltada para a prática do tráfico de entorpecentes, desferiu, juntamente com outros 2 corréus, diversos disparos de arma de fogo contra as vítimas, policiais militares que se encontram em patrulhamento de rotina. (RHC 128.642/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 28/09/2020)” (grifo do autor)

É importante observar na jurisprudência supracitada que, no terceiro ponto da ementa, a decisão veda considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime. No quarto ponto, por sua vez, ela sustenta pela prisão preventiva por conta de “circunstâncias concretas extraídas do crime”, ou seja, a partir da gravidade do crime.

Evidentemente, a decisão não é contraditória, uma vez que, logo depois, o ministro disserta sobre as circunstâncias concretas ensejadoras da concretude da gravidade.

Entretanto, essa jurisprudência é utilizada, diversas vezes, apenas para ressaltar o vínculo entre periculosidade e gravidade do crime, a fim de justificar a prisão preventiva, carecendo de análise do caso.

Seguindo essa linha de pensamento, da mesma forma que, para o órgão julgador, esses argumentos se comunicam entre si, a periculosidade social do agente também acaba, em determinados momentos, comunicando-se com outros pressupostos autorizadores, como a conveniência da instrução criminal:

Habeas Corpus. Ação Penal proposta em razão da prática do crime previsto no art. 121, § 2º, I, do Código Penal. Decretação da prisão preventiva seguida de indeferimento do pedido de sua revogação. Inconformismo.

Fumus comissi delicti demonstrado através das provas carreadas aos autos. Paciente que foi reconhecido por uma das vítimas como autor do crime.

Periculum in libertatis configurado pela necessidade de garantir a instrução probatória. Periculosidade do agente

que é capaz de influenciar de forma negativa na produção da prova oral. (grifo do autor)

Medida extrema que também se justifica pelo viés da necessidade de garantia da ordem pública. Envolvimento do paciente em outros crimes, em sua maioria, de tráfico de drogas e associação delituosa afim. Circunstância que, juntamente com os demais elementos de prova, autoriza o decreto prisional.

Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem denegada. (TJ-RJ - HC nº 0063533-59.2022.8.19.0000 RJ, Relator: Pedro Raguenet, Data de Julgamento: 13/09/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 15/09/2022)

Na mesma decisão, a periculosidade social do agente foi fruto de dedução lógica da seguinte forma:

O "periculum libertatis", por sua vez, decorre da necessidade da custódia cautelar dos indiciados para assegurar a instrução criminal, a ordem pública e a aplicação da lei penal, **tendo em vista a periculosidade social dos acusados, evidenciada pela motivação torpe do intento**, uma vez ter possivelmente ocorrido pela disputa de facções, uma vez que os denunciados são integrantes da facção TCP, ao passo que as vítimas são da facção rival ADA. (grifo do autor)

Percebamos, portanto, que o processo lógico do órgão julgador, nessa decisão e em diversas outras, é o seguinte: gravidade da conduta, evidenciada por motivação torpe (ou forma de execução, temor social, etc.), que gera periculosidade social e, também, "periculum libertatis" e temor às vítimas, devendo, assim, ser decretada a prisão preventiva também por conveniência da instrução criminal.

Portanto, didaticamente, o processo lógico dedutivo se dá, diversas vezes, assim: (i) gravidade em concreto do delito; (ii) periculosidade social do agente; (iii) perigo no estado de liberdade; (iv) temor às vítimas e prejudicação à instrução criminal; (v) necessidade da prisão preventiva.

2.2.1.1.3 - Risco de Reiteração Criminosa

Como dito anteriormente, as decisões não são uníssonas na forma de se sustentar um determinado argumento.

Entretanto, pode-se dizer que a jurisprudência é consolidada, nos crimes relativos ao tráfico de drogas (considerados como aqueles que são abarcados pela Lei nº 11.343/2006), em

entender que há uma perspectiva de reiteração criminosa quando o agente faz parte de facção criminosa. Assim, para manter a ordem pública, deve-se prender preventivamente.

De forma abstrata e genérica, algumas decisões demonstram o entendimento relativamente consolidado dos tribunais superiores e da Corte Suprema.

Por exemplo, o tribunal, em alguns dos julgados analisados, confirmou uma decisão de decretação de prisão preventiva que citou os seguintes entendimentos, extremamente recentes:

Outrossim, a realidade da violência fluminense não abre margens a puerilidade ou ablepsia ideológica. No nefasto cotidiano do Rio de Janeiro, já são inúmeras as áreas que a criminalidade domina e subjuga a população, impondo códigos de conduta paralelos, conduzindo ao terror e caos. Ressalte-se, ainda, que as próprias forças oficiais de segurança, em muitos casos, precisam efetuar operações de guerra, incluindo a utilização de blindados e helicópteros, para ingressar em locais sob domínio do crime. Não se deve descurar, ainda, que policiais são caçados, torturados e mortos pela criminalidade organizada em razão do simples fato de exercerem suas funções. E, no caso em concreto, há veementes indícios de que o custodiado integre organização criminosa desse jaez, o que realça sua periculosidade concreta e a necessidade de sua segregação cautelar. **A situação dos autos transparece a periculosidade concreta do custodiado, bem como a perspectiva de novas infrações penais.** Portanto, inegável a necessidade da prisão preventiva como garantia da ordem pública. **Sem prejuízo, tratando-se de criminalidade organizada, tal como no caso em questão, o STJ possui jurisprudência no sentido de que 'a necessidade de interrupção do ciclo delitivo de associações e organizações criminosas, tal como apontado no caso concreto pelas instâncias ordinárias, é fundamento idôneo para justificar a custódia cautelar, com fulcro na garantia da ordem pública' (RHC 147.891).**

Igualmente, nossa Suprema Corte já decidiu que a **'existência de organização criminosa impõe a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de seus integrantes como garantia da ordem pública,** constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva' (HC 214367 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 16/05/2022, PUBLIC 19- 05-2022). (grifos do autor)

Não há ilegalidade na prisão preventiva fundada na necessidade de se interromper a atuação de organização criminosa e **no risco concreto de reiteração delitiva**'. (HC 214243 AgR, Relator(a): NUNES MARQUES, Segunda

Turma, julgado em 13/06/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 20-06-2022 PUBLIC 21-06- 2022) (grifo do autor)

Percebamos que, em ambos os precedentes, a participação em organização criminosa é praticamente fundamento suficiente para presumir uma “perspectiva” de reiteração criminosa.

No caso concreto analisado neste trabalho acadêmico, “o paciente foi preso em flagrante por estar portando fogos de artifício (morteiro) e isqueiro, sendo autuado como incurso nas penas do art. 37 da Lei 11.343/06”, tinha bons antecedentes, primariedade, tinha cometido crime sem violência ou grave ameaça contra pessoa, possuía residência fixa e ocupação lícita. Mesmo assim, foi decretada a prisão preventiva a partir dos fundamentos extraídos dos precedentes acima.

Além disso, da mesma forma que a gravidade concreta da conduta é amparo para os outros argumentos, neste momento não é diferente. Vejamos o processo lógico a partir do qual Edson Fachin estabeleceu o seguinte precedente:

Em adendo, repise-se que, à luz da circunstâncias fáticas da empreitada delitiva, **vislumbra-se uma relevante gravidade concreta da conduta, o que evidencia a periculosidade do custodiado e, conseqüentemente, o risco de reiteração criminosa.** Acerca da do aqui exposto, já se manifestou nossa Suprema Corte: ‘Em tema de prisão preventiva, **a orientação consolidada no Supremo Tribunal Federal é de que o risco de reiteração delitiva integra o escopo da ameaça à ordem pública, e deve ser extraído de particularidades afetas à execução criminosa ou à gravidade concreta da conduta, desde que revelem, sob óptica prospectiva, a especial periculosidade do agente.**’ (STF - HC 208205 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 30/05/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 03-06-2022 PUBLIC 06-06- 2022) (grifos do autor)

Não foi exposta a maneira pela qual se extraiu essa dedução. Mas o entendimento consolidado, dos tribunais superiores e, conseqüentemente, dos tribunais estaduais, acerca da reiteração criminosa e da periculosidade social do agente, colide com o precedente acima para entender que: (i) a conduta foi grave; (ii) o agente ter cometido uma conduta grave demonstra que ele é perigoso; (iii) como ele é perigoso, deve reiterar a delinquir; (iv) como a

probabilidade de o agente voltar a delinquir é uma ameaça à ordem pública, ele deve ser preso preventivamente.

Ou seja, a base toda da fundamentação é a gravidade da conduta. E a concretude da gravidade é extremamente questionável. Afinal, o que seriam condutas, penalmente tipificadas, abarcadas pelas hipóteses de cabimento do Art. 313, mas não graves?

A partir de uma expertise argumentativa mínima, não é difícil subsumir qualquer dessas condutas das hipóteses de cabimento a eventual gravidade do caso concreto e, portanto, prender preventivamente.

A despeito disso, o fato, fruto preliminar de investigação da pesquisa acadêmica, é que o Direito, sendo entendido como norma posta pelo legislativo e moldada pela fundamentação do Judiciário, entende os argumentos justificantes da ordem pública dessa maneira, a partir desses parâmetros dedutivos de raciocínio lógico.

Vale ressaltar, entretanto, que, em determinadas decisões destoantes do padrão, o órgão julgador se preocupa em fundamentar o risco da reiteração criminosa com maus antecedentes e inquéritos policiais em trâmite.

Para fundamentar essa forma de fundamentação, o Judiciário utiliza um entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

“[...] 3. No particular, a prisão preventiva da paciente está fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública (evitar reiteração delitiva) e na conveniência da instrução criminal, notadamente por ela possuir antecedentes criminais e responder a outras ações penais pela prática de delito da mesma espécie [...]

4. Nos termos da orientação desta Corte, inquéritos policiais e processos penais em andamento, embora não possam exasperar a pena-base (Súmula n. 444/STJ), constituem indicativos de risco de reiteração delitiva, justificando a decretação ou a manutenção da prisão preventiva para garantia da ordem pública. [...] (HC n. 550.817/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 4/2/2020, DJe de 12/2/2020.) – (grifo do autor)

Com base nesse entendimento, em uma parte minoritária das decisões, faz-se uma pesquisa da vida pretérita do agente e, a partir disso, a ameaça à ordem pública é justificada pelo risco fundamentado da reiteração criminosa:

Decorre daí que havendo intimidação de testemunhas e outros inquéritos policiais (vide o que vai em fls. 36, dos autos originários) envolvendo lesões corporais, violência doméstica e ameaça, conclui-se que a referida situação autoriza a prisão

preventiva, sob o esteio da garantia da ordem pública, nos termos do art. 312, do CPP. (TJ-RJ - HC nº 0061694-96.2022.8.19.0000 RJ, Relator: Pedro Raguenet, Data de Julgamento: 30/08/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 01/09/2022)

Na decisão supramencionada, o desembargador Pedro Raguenet, além de citar onde a informação está localizada nos autos, junta uma imagem com as diversas persecuções penais em nome do agente.

Portanto, essa última forma de fundamentação do risco de reiteração criminosa, apesar de minoritária, é a que mais robustece a decisão com argumentos justificantes com base em fatos concretos.

2.2.1.1.4 - Necessidade de acautelar o meio social

Geralmente, a necessidade de acautelar o meio social aparece como um argumento da mesma forma que a credibilidade da justiça, apenas para incrementar a argumentação da decisão. Ambos, inclusive, aparecem diversas vezes tendo como base a mesma citação doutrinária do professor Júlio Frabbrini Mirabete:

Sabe-se que: “(...) o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução dos fatos criminosos, **mas também, a acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime e sua repercussão.** A conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do Juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa.” (1997, p.414).” (grifo do autor)

Nesse sentido, o acautelamento do meio social é utilizado de forma coadunada aos outros argumentos para justificar a prisão preventiva:

Sem prejuízo, nosso Tribunal já manifestou no sentido de que "o 'periculum libertatis', por sua vez, deflui da necessidade de se garantir a ordem pública, na medida em que **a reiteração de condutas ilícitas afigura-se capaz de gerar repercussão danosa no meio social, já tão atingido por fatos semelhantes, que causam indignação em toda a sociedade.** A indicação de elementos concretos no tocante à necessidade de garantia da ordem pública, **em razão de reiteradas práticas de infrações penais constitui motivação satisfatória ao decreto de prisão preventiva, que, por óbvio, não caracteriza coação ilegal.** A ordem pública também **abrange a necessidade de acautelamento do meio social e da preservação da própria credibilidade da justiça, o que contribui para desestimular a reiteração de condutas**

delitivas contra o patrimônio. Precedentes" (TJRJ - 0032000-53.2020.8.19.0000 - HABEAS CORPUS - Des(a). CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JUNIOR - Julgamento: 08/07/2020 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL) (grifos do autor)

Ou seja, o acautelamento do meio social decorre da necessidade de impedir eventual reiteração criminosa que, por sua vez, a partir do entendimento dos tribunais superiores e da Corte Suprema, pode ser extraído da gravidade concreta da conduta.

Portanto, na maioria dos casos, os argumentos da fundamentação da decretação da prisão preventiva, por ameaça à ordem pública, estão conectados tendo como base a gravidade concreta da conduta.

2.2.1.2 - Resultado do Subquesto 2 (O que o órgão julgador entende por assegurar a aplicação da lei penal e, conseqüentemente, como ele fundamenta a subsunção a tal pressuposto autorizador?)

Como explanado anteriormente, a asseguuração da aplicação da lei penal, assim como as outras finalidades legais do Art. 312, foi utilizada pela Primeira Câmara Criminal, em todas as decisões judiciais fundamentadas, como complemento para a ameaça à ordem pública.

Isto é, o órgão julgador fundamenta a decretação da prisão preventiva com base na ordem pública e, eventualmente, complementa com o fundamento da asseguuração da aplicação da lei penal.

Nesse sentido, das 35 decisões analisadas na pesquisa empírica, 34 fundamentaram com a ordem pública e, dessas, 13 decisões utilizaram a asseguuração da aplicação da lei penal como fundamento complementar.

Dito isso, neste subquesto, incidiu-se sobre essas 13 decisões a indagação acerca de como o órgão julgador fundamenta esse pressuposto autorizador da prisão preventiva, resultando no resultado ilustrado em apêndice (Apêndice F).

O primeiro ponto a ressaltar acerca desse pressuposto autorizador da prisão preventiva é que, diferentemente da gravidade em concreto da conduta, que é base fundamentativa basilar da ameaça à ordem pública, nessa finalidade não há um padrão argumentativo.

Evidentemente, alguns casos preponderam em relação a outros, como a não comprovação de residência fixa, todavia a análise é muito mais casuística do que na ameaça à ordem pública.

Isso ocorre porque o órgão julgador, nesse momento, preocupa-se em ir aos autos procurar fatos concretos para basear sua decisão, o que, muitas vezes, não ocorre para ordem pública. Afinal, não é difícil fundamentar a gravidade de uma conduta penalmente tipificada e elencada nas hipóteses de cabimento sem ter que adentrar em pormenores dos autos.

Por conta disso, essa fundamentação varia com mais frequência e é mais palpável.

Dito isso, analisar-se-á cada argumento utilizado para basear o pressuposto autorizador da prisão preventiva de assecuração da aplicação da lei penal, quais sejam: (i) a falta de comprovação da residência fixa; (ii) o prognóstico de fuga não fundamentado; (iii) o prognóstico de fuga fundamentado; (iv) a disponibilidade de recurso no exterior; e, por fim, (v) a residência em outro estado.

2.2.1.2.1 - A Falta de Comprovação de Residência Fixa

Não há muito para dissecar acerca desse argumento, uma vez que sua objetividade já o explica. A não comprovação de residência fixa vem nas decisões judiciais por meio de diversas formas. Por exemplo, algumas vezes, o magistrado fundamenta essa falta de comprovação juntamente com a ausência de amarras ao distrito:

Verifico, ainda, que nesta fase processual, a segregação provisória do acusado é **imprescindível para a aplicação da lei penal, em razão da eventual ausência de amarras dele com o distrito da culpa, já que não foi apresentada comprovação de residência fixa.** (TJ-RJ - HC nº 0016816-86.2022.8.19.0000 RJ, Relator: Maria Sandra Kayat Direito, Data de Julgamento: 03/05/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/05/2022) (grifo do autor)

[...] verifica-se que não veio aos autos, até o presente momento, **qualquer comprovação de vínculo do preso com o distrito da culpa, tornando a prisão necessária para assegurar a aplicação da lei penal**. (TJ-RJ - HC nº 0013980-43.2022.8.19.0000 RJ, Relator: LUIZ ZVEITER, Data de Julgamento: 06/04/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 07/04/2022) (grifo do autor)

Em outros momentos, o órgão julgador coaduna a falta de residência fixa à falta de ocupação lícita:

A aplicação da lei penal também está em risco, pois não há nos autos a comprovação de que o custodiado reside no endereço indicado **ou mesmo que exerça ocupação lícita.** (TJ-RJ - HC

nº 0059351-30.2022.8.19.0000 RJ, Relator: LUIZ ZVEITER,
Data de Julgamento: 06/09/2022, Primeira Câmara Criminal,
Data de Publicação: 08/09/2022) (grifo do autor)

Independente dessas sutis mudanças, o critério é objetivo e igual, o órgão julgador analisa se consta nos autos algum comprovante de residência. Caso não tenha, robustece a argumentação da decretação da prisão preventiva com esse pressuposto autorizador da asseguaração da aplicação da lei penal a partir desse argumento.

Todavia, é imprescindível salientar uma observação. A não comprovação da residência fixa pode ensejar a decretação da prisão preventiva. Entretanto, o contrário não é verdadeiro. Ou seja, a comprovação da residência fixa não impede, de forma alguma, que o órgão julgador decrete a prisão preventiva da mesma forma.

Nesse sentido, o entendimento é consolidado e reproduzido reiteradamente, com respaldo robusto dos tribunais superiores, no sentido de que

Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes e **residência fixa, não têm o condão de, por si sós, desconstituir a custódia processual, caso estejam presentes outros requisitos que autorizem a decretação da medida extrema.** (grifo do autor) (HC 643.512/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2021, DJe 30/04/2021).

Esse entendimento é replicado, sobretudo a partir do precedente acima, frequentemente.

A despeito dessa análise objetiva dessa praxe jurídica, é importante ressaltar que o Judiciário, a partir dessa lógica de pensamento, molda o Direito da seguinte forma: uma vez comprovadas eventuais condições pessoais desfavoráveis, tais como reincidência, maus antecedentes e falta de residência fixa, o agente pode ser preso, e, uma vez comprovadas condições favoráveis tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, ele também pode ser preso. A partir dessa lógica, no que tange a essa forma de fundamentação, o agente sempre pode ser preso.

Apesar dessa intervenção subjetiva, essa é a forma que o Direito se apresenta.

2.2.1.2.2 - Prognóstico de Fuga Sem Fundamentação

Inicialmente, é ímpar ressaltar que a pesquisa é, fundamentalmente, objetiva e descritiva. Portanto, a escolha pela apresentação do resultado como “prognóstico de fuga sem fundamentação” decorreu, meramente, de uma observação da realidade.

Vejam, nesse sentido, a fundamentação da decretação, confirmada pelo tribunal, que ensejou esse resultado:

O encarceramento provisório dos denunciados constitui medida necessária à garantia da ordem pública, bem como à conveniência da instrução criminal e **à aplicação da lei penal, de modo a propiciar o regular processamento do feito, uma vez que, em liberdade, certamente empreenderão fuga assim que souberem do início de persecutio criminis processual**, além de prejudicar a colheita de provas. (TJ-RJ - HC nº 0045319-20.2022.8.19.0000 RJ, Relator: LUIZ ZVEITER, Data de Julgamento: 02/08/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/08/2022)(grifos do autor)

Percebamos que o magistrado se restringe a fundamentar o pressuposto autorizador da asseguaração da lei penal com “certamente empreenderão fuga assim que souberem do início de *persecutio criminis processual*”.

O problema, na visão do pesquisador, é que foi feito um prognóstico sem arcabouço argumentativo com base em fatos concretos.

Nesse sentido, a realização de um prognóstico é a base essencial das prisões cautelares. Diante de um risco, provável que aconteça, X, prende-se para prevenir Y. Entretanto, faz parte das funções do Judiciário, fundamentar a probabilidade do risco e a finalidade legal prevenida analisando os fatos constantes nos autos.

No caso em tela, contudo, o magistrado pressupôs uma fuga sem demonstrar o porquê disso e, ainda, incrementou com o advérbio de afirmação “certamente”. O ponto é que pode até ser que esse risco seja concreto e, portanto, que a prisão preventiva seja necessária. Porém, essa concretude precisa ser demonstrada na fundamentação.

Apesar disso, vale ressaltar que, como veremos na hipótese seguinte, essa falta de fundamentação desse caso, no que tange ao pressuposto autorizador de asseguaração da lei penal, destoa do padrão do órgão julgador.

2.2.1.2.2 - Prognóstico de fuga com fundamentação

Diferentemente da decisão anterior, aqui o órgão julgador fundamentou seu prognóstico com os fatos constantes nos autos e com o entendimento dos tribunais superiores, da seguinte forma:

Em relação à garantia da aplicação de lei penal, deve se destacar que o Paciente se evadiu do local dos fatos, tendo se escondido em outra Comarca (Petrópolis) na casa de parentes, consoante o termo de declaração de fls. 96/97, sendo capturado por policiais no dia 08.06.2022 (três dias após o crime). (grifo do autor)

Neste sentido, destaca-se a Jurisprudência do E. STJ:
[...] Foi ressaltado, ainda, que **a constrição provisória também se encontra justificada na necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal, haja vista que o Acusado, em tese, empreendeu fuga após os fatos,** derrubando o portão do estabelecimento.

3. Demonstrada pelas instâncias originárias, com expressa menção às peculiaridades do caso concreto, **a necessidade da imposição da prisão preventiva - em razão da gravidade concreta do delito e do risco de fuga -**, não se mostra suficiente a aplicação de quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal. [...] 7. Ordem de habeas corpus denegada”. (HC n. 713.347/AM, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 23/5/2022.) – (grifos do órgão julgador).

Decorre daí que a fuga do Paciente, corroborada pelos demais elementos constantes dos autos, especificamente a gravidade em concreto do crime e a periculosidade do agente, apontam para a necessidade da prisão. (TJ-RJ - HC nº 0050014-17.2022.8.19.0000 RJ, Relator: Pedro Raguene, Data de Julgamento: 02/08/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/08/2022) (grifos do autor)

Percebamos a diferença para a decisão anterior, em apenas meia lauda, o órgão julgador fundamentou o prognóstico de fuga e, conseqüentemente, a asseguaração da aplicação da lei penal, com fatos concretos (citando a localização da informação nos autos) e precedentes dos tribunais superiores.

Nesse sentido, a praxe da Primeira Câmara Criminal, no momento de fundamentar esse pressuposto autorizador, a partir de circunstâncias casuísticas e não tão objetivas, é de fundamentar a partir de fatos concretos e de precedentes dos tribunais superiores, como ocorreu nessa decisão.

2.2.1.2.3 - Não foi logrado êxito no cumprimento do mandado

A partir do voto do mesmo desembargador, Pedro Raguene, que fundamentou a decisão anterior, a asseguaração da aplicação da lei penal, nesse momento, foi fundamentada com base nos fatos constantes nos autos do caso concreto, da seguinte forma:

Como argumento de reforço, **existe a necessidade de se assegurar a aplicação da Lei, eis que o acusado não foi localizado por ocasião do cumprimento do mandado de prisão**, como lançado linhas acima, tendo sido capturado algum tempo depois em virtude de ação de Policiais Rodoviários em outro município (Conceição de Macabu/RJ).

Acerca deste ponto, destaca-se o que consta do documento de fls. 115 [...]

Por esta razão, não se acolhe o argumento da defesa no sentido de que o Paciente “manteve-se (à) disposição da investigação sempre comparecendo quando requisitado (TJ-RJ - HC nº 0063533-59.2022.8.19.0000 RJ, Relator: Pedro Raguene, Data de Julgamento: 13/09/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 15/09/2022) (grifos do autor)

Vejamos que esse desembargador costuma subsumir, citando as páginas dos autos, as circunstâncias fáticas aos argumentos dos pressupostos autorizadores.

Vale ressaltar, também, que, seguindo essa linha de pensamento, ele enfrentou, ao longo do voto, as teses defensivas, citando-as *ipsis litteris*.

Outra característica importante que é constante em suas fundamentações é a mesclagem dos pressupostos autorizadores e dos argumentos justificantes, como pode ser visto na ementa dessa decisão:

Habeas Corpus. Ação Penal proposta em razão da prática do crime previsto no art. 121, § 2º, I, do Código Penal. Decretação da prisão preventiva seguida de indeferimento do pedido de sua revogação. Inconformismo.

Fumus comissi delicti demonstrado através das provas carreadas aos autos. Paciente que foi reconhecido por uma das vítimas como autor do crime.

Periculum in libertatis configurado pela **necessidade de garantir a instrução probatória. Periculosidade do agente** que é capaz de influenciar de forma negativa na produção da prova oral.

Medida extrema que **também se justifica pelo viés da necessidade de garantia da ordem pública**. Envolvimento do paciente em outros crimes, em sua maioria, de tráfico de drogas e associação delituosa afim. Circunstância que, **juntamente com os demais elementos de prova**, autoriza o decreto prisional.

Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem denegada. (grifos do autor)

Podemos observar que tantas foram as bases argumentativas da decisão que, pela ementa, nem consta a aplicação da lei penal.

É ímpar salientar, entretanto, que essas características são próprias desse desembargador, que destoam, por sua vez, do padrão da Primeira Câmara Criminal, uma vez que o órgão julgador, geralmente, baseia suas decisões, precipuamente, com base na ordem

pública, a partir da gravidade em concreto do delito, sem adentrar de forma muito profunda nos autos e encarar, da forma que esse desembargador encara, as teses defensivas.

2.2.1.2.4 - Disponibilidade de recurso no exterior

Essa decisão é extremamente curiosa. Ela replica um precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), advindo de casos da Operação Lava-Jato, no qual se entende que

IV - A necessidade das medidas constritivas diversas da prisão para resguardar a aplicação da lei penal e a instrução criminal caracteriza-se pelo risco concreto de fuga, evidenciado concretamente pelo pedido de demissão apresentado à Petrobras quando se divulgou a colaboração premiada de Carlos Henrique Nogueira Herz e pela disponibilidade de elevados recursos e existência de numerosos contatos no exterior.

V - Esta Corte, em análise de prisões preventivas relacionadas à Operação Lava-Jato, tem entendido que a disponibilidade de recursos no exterior, avaliada conjuntamente com outros elementos dos autos, como na hipótese vertente, permite a prisão cautelar com o fim de assegurar a aplicação da lei penal. Logo, permitirá também a aplicação de medidas cautelares de natureza mais branda, não se entrevendo, ressalte-se, a existência de outra medida menos invasiva para o resguardo dos bens tutelados. (AgRg no RHC 126.746/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 15/09/2020). (grifos do autor)

Logo, em decorrência desse precedente, extraiu-se uma circunstância objetiva que o tribunal superior incluiu como argumento justificante para o pressuposto autorizador.

A partir desse entendimento, o órgão julgador confirmou a decretação da prisão preventiva e consolidou, ainda mais, esse argumento justificante para a asseguuração da aplicação da lei penal.

2.2.1.2.5 - Residência em outro estado

A partir da mesma lógica objetiva e simplória da falta de comprovação de residência, essa decisão decretou a prisão preventiva com o pressuposto autorizador da aplicação da lei penal com base nesse argumento de que o agente não residia no distrito do local da suposta infração penal:

Verifico que nesta fase processual, a segregação provisória do acusado também é imprescindível para a aplicação da lei penal, em razão da eventual ausência de amarras do paciente com o distrito da culpa, uma vez que reside em outro Estado da Federação. (TJ-RJ - HC nº 0063155-06.2022.8.19.0000 RJ, Relator: MARIA SANDRA KAYAT DIREITO, Data de Julgamento: 27/09/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 28/09/2022)

Vale ressaltar que essa decisão não se alongou acerca do porquê o agente residir em outro estado seria um risco à aplicação da lei penal.

Ao que me parece, o entendimento do órgão julgador nesse momento foi que a simples “ausência de amarras do paciente com o distrito da culpa”, por ele residir em outro estado, geraria, automaticamente, uma ameaça à aplicação da lei penal.

Partindo desse pressuposto, na visão deste autor, essa fundamentação é pobre de arcabouço argumentativo, ao passo que não concretiza esse risco à aplicação penal.

Isto é, o fato do indivíduo não morar naquele estado não pode ser pressuposto para entender que ele não cumprirá as normas processuais penais e, portanto, deveria ser preso.

O risco autorizador da cautelaridade do constrangimento à liberdade, portanto, não pode ser fundamentado de forma tão abstrata, ignorando as circunstâncias fáticas do caso concreto.

2.2.1.3 - Resultado do Subquesto 3 (O que o órgão julgador entende por conveniência à instrução criminal e, conseqüentemente, como ele fundamenta a subsunção a tal pressuposto autorizador?)

Como explanado anteriormente, a conveniência da instrução criminal, assim como as outras finalidades legais do Art. 312, foi utilizada pela Primeira Câmara Criminal, em todas as decisões judiciais fundamentadas, como complemento para a ameaça à ordem pública.

Isto é, o órgão julgador fundamenta a decretação da prisão preventiva com base na ordem pública e, eventualmente, complementa com o fundamento da conveniência da instrução criminal.

Nesse sentido, das 35 decisões analisadas na pesquisa empírica, 34 fundamentaram com a ordem pública e, dessas, 16 decisões utilizaram a conveniência da instrução criminal como fundamento complementar.

Dito isso, neste subquesto, incidiu-se sobre essas 16 decisões a indagação acerca de como o órgão julgador fundamenta esse pressuposto autorizador da prisão preventiva,

resultando no seguinte resultado: todas as decisões fundamentaram com o risco à vítima e à testemunha.

Portanto, para este subquesto, não há necessidade de demonstração gráfica ou separação em subtópicos para explicar os argumentos porque o resultado foi uníssono: a preocupação com a vítima ou com as testemunhas e, conseqüentemente, com sua liberdade para instruir o processo foi o único argumento.

Evidentemente, dependendo do relator do voto e do caso concreto, a forma de fundamentar esse argumento de proteção à vítima ou à testemunha varia.

Por exemplo, na decisão abaixo, o órgão julgador não se preocupou em fundamentar o pressuposto autorizador da conveniência para instrução criminal com base em fatos concretos dos autos, apenas argumentando que

Assim, a prisão preventiva, nesse momento processual, é de crucial importância também para a conveniência da instrução criminal, eis que as vítimas precisam ter tranquilidade para depor e realizar eventual reconhecimento em Juízo. (TJ-RJ - HC nº 0049000-95.2022.8.19.0000 RJ, Relator: LUIZ ZVEITER, Data de Julgamento: 02/08/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/08/2022)

Ocorre que, nesse caso, já era o sétimo pedido de Habeas Corpus, porque o paciente já estava preso há quatorze meses sem a conclusão da instrução criminal.

Ou seja, um inocente (considerando o princípio da presunção da inocência, o termo está sendo utilizado em seu sentido técnico) estava preso há mais de quatorze meses a partir, dentre outros, do argumento de que a constrição da liberdade é crucial para a instrução criminal porque “as vítimas precisam ter tranquilidade”, sem o órgão julgador demonstrar, a partir de fatos concretos, o porquê sua liberdade tiraria a tranquilidade das vítimas.

O ponto não é que essa prisão preventiva não seja necessária, porque isso demandaria análise aprofundada dos autos para ser afirmado, o ponto é que o órgão julgador utiliza um argumento sem enfrentá-lo.

Caso tenha fundamentos concretos para robustecer o pressuposto autorizador, por que não os explanou para enfrentar o termo utilizado? Caso não tenha fundamentos concretos, por que fez questão de basear a decisão nesse pressuposto autorizador?

Apesar disso, utilizando esse mesmo argumento, em algumas decisões, o magistrado se preocupa com a demonstração de fatos concretos que robustecem o pressuposto autorizador da conveniência à instrução criminal:

Por outro lado, a prisão **revela-se necessária para a garantia da vida da vítima sobrevivente e sua oitiva segura em Juízo, assegurando a instrução criminal.** [...]

A prisão também é necessária para a garantia da vida e oitiva de MONICA (**mulher que já expressou medo de morrer por conta do Réu - termo de fls. 71/72**). Em sua oitiva, MONICA afirmou ter sido agredida por dois dias consecutivos por parte do Réu. Vale destacar que consta AECD da vítima mulher em outro procedimento, de fevereiro desse ano às fls. 73/74. Como se não bastasse, mesmo após os fatos, o Acusado ameaçou não só a vítima MARCELO, mas novamente sua irmã MONICA e a testemunha YURE, conforme termo de declarações prestadas pelo último às fls. 16/17.

Por tudo isso, a prisão é necessária para impedir a progressão criminosa, assegurando o meio social e a ordem pública, **além das oitivas das duas vítimas e da testemunha.** (TJ-RJ - HC nº 0036932-16.2022.8.19.0000 RJ, Relator: KATYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT, Data de Julgamento: 28/06/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 29/06/2022) (grifos do autor)

Nota-se, nitidamente, a diferença de robustez argumentativa. Nessa decisão, a relatora Katya Maria De Paula Menezes Monnerat confirmou uma decisão do juízo de primeira instância que, devidamente, descreveu todos os fatos concretos que basearam seu argumento de conveniência da instrução criminal. Ou seja, o magistrado extraiu o termo da legislação e o enfrentou a partir de subsunção ao caso concreto, não apenas o citou de forma genérica.

Nessa mesma seara, o desembargador Pedro Raguenet, mantendo o padrão das decisões anteriormente demonstradas, fundamentou a decisão abaixo a partir de elementos dos autos:

Diante dos trechos acima destacados, resta demonstrada a **influência negativa** do Paciente não somente **sobre a companheira da vítima**, mas também sobre os moradores da região, **tendo sido descrito por estes como sendo “pessoa explosiva” e conhecido por “beber demais”.**

E mais, **o Paciente possui anotação criminal por porte ilegal de arma de fogo, o que, além de demonstrar que tem acesso a armas de fogo, corroboram o temor da companheira da vítima e das possíveis testemunhas.** (TJ-RJ - HC nº 0050014-17.2022.8.19.0000 RJ, Relator: PEDRO RAGUENET, Data de Julgamento: 02/08/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/08/2022) (grifos do autor)

Apesar dessas ricas demonstrações acima, essa robustez argumentativa não é um padrão do órgão julgador.

A utilização desse argumento sem fundamentar com o caso concreto, apenas com circunstâncias abstratas, como a gravidade da conduta, é como a Primeira Câmara Criminal vem moldando seu entendimento em determinados momentos. Vejamos alguns exemplos:

E mais, a liberdade do Paciente pode influenciar de forma negativa na coleta da prova oral, sendo necessário se preservar a instrução criminal e garantir que ela seja realizada de forma tranquila, sem o temor de eventuais represálias por parte do réu. [...]

A liberdade nesta fase processual poderia acarretar sérios gravames à colheita das provas necessárias ao julgamento da demanda, sobretudo diante da probabilidade de vir a influenciar negativamente o depoimento das testemunhas, que se sentiriam constrangidas ou até intimidadas em prestar o depoimento de forma livre. (TJ-RJ - HC nº 0036639-46.2022.8.19.0000 RJ, Relator: PEDRO RAGUENET, Data de Julgamento: 13/09/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 15/09/2022)

No mais, a permanência do paciente em liberdade também coloca em sério risco a formação do suporte probatório, pois o pressuposto da conveniência da instrução criminal visa a evitar que o réu perturbe ou frustre a produção de provas, e, assim, comprometa a busca da verdade. (TJ-RJ - HC nº 0049000-95.2022.8.19.0000 RJ, Relator: LUIZ ZVEITER, Data de Julgamento: 02/08/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/08/2022)

Destarte, o resultado para o subquesito é que o órgão julgador é uníssono em entender que o risco à instrução criminal decorre do risco que as vítimas e as testemunhas passam de serem constrangidas pelo agente.

Todavia, a forma a partir da qual o órgão julgador fundamenta esse pressuposto autorizador varia de acordo com o relator e com o caso concreto. Em determinadas decisões, há uma pormenorização de acordo com os fatos constantes nos autos. Já em outras, o órgão julgador não subsume os argumentos justificantes ao caso concreto, restringindo-se a um prognóstico não fundamentado de temor às vítimas e, conseqüentemente, prejuízo à instrução criminal.

2.2.2 - Resultado do Quesito 2 (A existência ou a inexistência de fatos novos ou contemporâneos foi utilizada como fundamento pelo órgão julgador?)

O Pacote Anticrime, a partir dos Arts. 312, § 2º, e 315, § 1º, ambos do CPP, adicionou um requisito para a decretação da prisão preventiva: a existência de fatos novos ou contemporâneos.

Apesar de o legislador não ter conceituado fatos novos nem fatos contemporâneos, por ser um requisito legal, a regra deveria ser enfrentada pelo Judiciário em toda decisão de decretação preventiva, a partir de elementos constantes nos autos.

Por essa razão, inclusive, que esse quesito foi inserido no presente trabalho acadêmico. Foi uma inovação legislativa extremamente impactante no ordenamento jurídico, em decorrência da qual foi imposto ainda mais rigorismo para a decretação da medida cautelar prisional.

Assim, sua aplicação na jurisprudência é de suma relevância para entender como o Judiciário subsumiria esses termos não conceituados aos fatos do caso concreto.

Ocorre que o resultado da pesquisa acadêmica destoou, diametralmente, da expectativa inicial do pesquisador.

Como dito anteriormente, por ser requisito legal, de observância obrigatória para o Judiciário, pressupôs-se, evidentemente, que ele enfrentaria a regra com subsunção a fatos concretos do caso em questão. Portanto, o objetivo inicial da pesquisa era entender como ocorria essa subsunção.

Entretanto, esse não é o efeito jurídico que a regra vem causando no ordenamento jurídico.

Como pode ser visto no gráfico acima, em 23 das 35 decisões analisadas, o órgão julgador simplesmente ignorou a existência dessa regra. Ele não apenas não a enfrentou com fatos concretos, como nem a citou.

Logo, apesar de representarem a maior parte do número amostral do trabalho acadêmico, não há como analisar os argumentos justificantes dessas decisões porque não há qualquer conteúdo relacionado aos dispositivos supramencionados, inseridos pelo Pacote Anticrime e objetos do presente quesito.

A partir desse fato, extrai-se o demasiado impacto da jurisprudência no ordenamento jurídico.

Isto é, a inclusão desse requisito no Pacote Anticrime, em tese, alteraria completamente a forma de se encarar a prisão preventiva.

Ocorre que, como ele, na maioria das vezes, não é sequer citado nas decisões, o ordenamento jurídico não sofreu tanta alteração assim.

Essa discussão acarreta, inclusive, em um problema institucional da tripartição dos poderes. Afinal, o que adianta o Poder Legislativo normatizar regras se o Poder Judiciário as ignora? Estaria o Judiciário em descompasso ao ordenamento jurídico quando, munido do dever de fundamentar, não observa um requisito legal de observância obrigatória imposto pelo legislador?

Certamente, por essas respostas serem objetos de discussões epistemológicas relacionadas às teorias das instituições, a presente pesquisa empírica não tem a pretensão de respondê-las, apenas de constatar que são problemas que se impõem diante do fato do Judiciário, na maioria das vezes, ignorar um requisito legal da prisão preventiva.

Ao observar novamente o gráfico, nota-se que, em 12 das 35 decisões, o órgão julgador utilizou a existência ou a inexistência de fatos novos ou contemporâneos como fundamento para decretar a prisão preventiva.

Vale ressaltar, entretanto, que não necessariamente a forma de fundamentar, nesses casos, foi citando os dispositivos supramencionados, enfrentando a contemporaneidade propriamente dita ou demonstrando fatos concretos novos ou contemporâneos. Isso porque a pobreza argumentativa das decisões, em relação a esse quesito, impôs que elas fossem selecionadas para serem analisadas.

Em metade dessas decisões (6 das 12), o órgão julgador utilizou um argumento padrão e genérico. Na maioria das vezes, repetindo, *ipsis litteris*, o argumento justificante.

Na outra metade, o órgão julgador foi mais rebuscado e utilizou argumentos mais específicos e casuísticos.

Diante desse cenário, para se pormenorizar qualitativamente acerca desse quesito, dividiu-se a análise em duas frentes. Primeiro, será analisado o argumento justificante padrão da primeira metade das decisões. Depois, serão analisados cada argumento justificante da segunda metade, isso porque eles são mais específicos e enfrentam de forma mais contundente o requisito legal, razão pela qual merecem uma atenção mais aprofundada.

2.2.2.1 - Decisões fundamentadas com argumentação padrão

Nessas decisões, o órgão julgador enfrentou a tese defensiva que alegava inexistência de fatos novos ou contemporâneos que justificassem a decretação de prisão preventiva.

Entretanto, a interpretação extraída do dispositivo para enfrentar foi, no mínimo, curiosa.

Primeiro, vejamos o que diz os dispositivos:

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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (grifo do autor) (BRASIL,1941)

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

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (grifo do autor) (BRASIL,1941)

Percebemos que os dois dispositivos estabelecem que deve haver fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Nesse sentido, extrai-se, em tese, que o órgão julgador procuraria, nos autos ou no requerimento da acusação, fato novo ou contemporâneo desfavorável ao agente que justificasse a decretação da prisão preventiva.

Ocorre que a argumentação justificante padrão para preencher esse requisito legal destoa do entendimento acima.

Nessas decisões, entendeu-se que, na verdade, a defesa tem o ônus de apresentar fatos novos ou contemporâneos para justificar a soltura do agente:

A defesa do réu Deonildo requereu a revogação da prisão preventiva entendendo que em que pesem a materialidade e os indícios de autoria, não mais subsistem o perigo gerado pelo estado de liberdade do acusado e que **não remanesce a existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a adoção da medida constritiva**. O acusado é tecnicamente primário, possui endereço fixo e trabalho lícito, e não há nos autos nada que indique que o mesmo possa se furta aplicação da lei penal, assim como ter o mesmo ameaçado qualquer testemunha, até porque todas as testemunhas de acusação são policiais militares (index 286/288).

Ministério Público **manifestou-se desfavoravelmente ao pleito defensivo** (index 312/314).

Assiste razão ao Ministério Público. **Não houve qualquer alteração fática ou jurídica, permanecendo hígidos os fundamentos da decisão que decretou a custódia cautelar, proferida por este magistrado na audiência de custódia. Indefiro, pois, o pleito defensivo.** (TJ-RJ - HC nº

0050679-33.2022.8.19.0000 RJ, Relator: MARIA SANDRA KAYAT DIREITO, Data de Julgamento: 06/09/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 12/09/2022) (grifos do autor)

Observemos a contraposição de tese defensiva e argumento justificante utilizado pelo órgão julgador na decisão acima.

A tese defensiva sustenta seu pedido de soltura na inexistência de fatos novos ou contemporâneos que justificassem a adoção da medida constritiva, em compasso com o que preveem os dispositivos legais referente ao Princípio da Contemporaneidade.

O órgão julgador, por sua vez, utiliza o mesmo argumento (inexistência de fatos novos ou contemporâneos). Mas utiliza isso para justificar a decretação da prisão preventiva.

A partir disso, nota-se que a interpretação extraída da inovação legislativa foi que os fatos novos ou contemporâneos devem ser alegados pela defesa para justificar a soltura, não a aplicação da medida cautelar prisional.

Ou seja, onde está escrito “o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”, o órgão julgador entendeu que “a defesa deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a não aplicação da medida adotada”.

Vale destacar que, em todos os casos analisados, por se tratarem de Habeas Corpus repressivo, o agente já estava preso. Ou seja, de acordo com essa lógica de pensamento, a defesa deveria alegar um fato novo ou contemporâneo, enquanto ele estava preso, que justificasse a soltura.

E o pior que, nessas decisões, o raciocínio lógico, ou o precedente, a partir do qual foi extraído esse entendimento não foi exposto, houve apenas uma reprodução literal desse argumento justificante:

Pelo que se verifica, **não houve qualquer mudança no quadro fáticojurídico que ensejou o decreto da prisão preventiva**, estando o processo aguardando a resposta do réu. (TJ-RJ - HC nº 0063155-06.2022.8.19.0000 RJ, Relator: MARIA SANDRA KAYAT DIREITO, Data de Julgamento: 27/09/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 28/09/2022) (grifo do autor)

Pelo que se verifica, **não houve qualquer mudança no quadro fáticojurídico que ensejou o decreto da prisão preventiva**, estando o processo aguardando a resposta do réu. (TJ-RJ - HC nº 0060846-12.2022.8.19.0000 RJ, Relatora: MARIA SANDRA KAYAT DIREITO, Data de Julgamento: 20/09/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 23/09/2022) (grifo do autor)

Observa-se, ainda, que **no presente caso não houve qualquer alteração da situação fática que ensejou a decretação da custódia cautelar**, de sorte que permanecem hígidos os fundamentos utilizados para o encarceramento preventivo. (TJ-RJ - HC nº 0036945-15.2022.8.19.0000 RJ, Relator: LUIZ ZVEITER, Data de Julgamento: 21/06/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 22/06/2022) (grifo do autor)

Assim, **não havendo qualquer alteração fática, entendo que permanecem hígidos os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva do ora paciente**, por garantia da ordem pública, da aplicação da lei penal e para garantir a instrução criminal. (TJ-RJ - HC nº 0083553-08.2021.8.19.0000 RJ, Relator: MARIA SANDRA KAYAT DIREITO, Data de Julgamento: 08/02/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 10/02/2022) (grifo do autor)

Em uma das decisões, inclusive, o órgão julgador, repetindo o argumento justificante, destacou que não houve alteração fática ou jurídica na situação do paciente:

Substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas, previstas no art. 319 do CPP. **Inexistência de alteração fática ou jurídica na situação da Paciente capaz de justificar a substituição da custódia por estas.** (TJ-RJ - HC nº 0063155-06.2022.8.19.0000 RJ, Relator: MARIA SANDRA KAYAT DIREITO, Data de Julgamento: 27/09/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 28/09/2022) (grifo do autor)

Entretanto, o paciente estava preso. Ou seja, o órgão julgador exigiu uma alteração da situação fática de um paciente preso que justificasse sua soltura.

Dessa forma, a partir do que foi demonstrado, percebe-se que, quando a jurisprudência decide enfrentar o dispositivo em questão, ela tende a entender que o ônus de demonstrar a existência de fatos novos ou contemporâneos é da defesa, não do juízo.

Nessas decisões, observamos uma mera replicação não aprofundada desse entendimento. Contudo, é ímpar ressaltar que, mesmo em algumas decisões que decidem enfrentar com mais avidez, a lógica de inverter o ônus probatório para a defesa, majoritariamente, mantém-se.

Por essa razão, observemos, a partir desse momento, algumas decisões que se sustentam nesse mesmo argumento justificante, mas se aprofundam no raciocínio a partir do qual ela foi extraído, e outras decisões que se sustentam a partir de outros argumentos.

2.2.2.2 - Decisões fundamentadas com argumentação própria

Nesse tópico, serão analisadas, qualitativamente, decisões que enfrentaram os dispositivos relativos à contemporaneidade de forma mais contundente, a partir de uma fundamentação mais robusta e própria.

Essas seis decisões, utilizaram cinco argumentos diferentes, os quais serão analisados individualmente, para compreendermos as diversas possibilidades de interpretação que a vagueza do dispositivo pode causar.

2.2.2.2.1 - A contemporaneidade do risco da liberdade do agente

Nas duas decisões que tomaram como base essa argumentação, entendeu-se que deve verificar a contemporaneidade no risco que a liberdade do agente apresenta, não em fatos novos ou contemporâneos. Vejamos:

Argumenta, ainda, o impetrante acerca da ausência de fatos contemporâneos a justificar a aplicação da medida adotada, ante o lapso temporal entre a suposta prática do delito e a decretação da prisão preventiva, **o que não merece prosperar, pois a avaliação da existência de contemporaneidade da prisão preventiva não pode se ater tão somente ao tempo decorrido entre os fatos e a decretação da custódia cautelar, mas também a permanência dos riscos que se buscam resguardar com a medida.** (TJ-RJ - HC nº 0049000-95.2022.8.19.0000 RJ, Relator: LUIZ ZVEITER, Data de Julgamento: 02/08/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/08/2022) (grifo do autor)

Inicialmente, vale ressaltar que , ao que parece, essa fundamentação é o pressuposto basilar do argumento justificante analisado anteriormente.

Ou seja, como o que se analisa é a contemporaneidade do risco, não dos fatos, cabe à defesa demonstrar fatos que comprovem a ausência de contemporaneidade do risco.

Pelo que tudo indica, foi dessa lógica que a inalteração da situação fática surgiu como um argumento justificante da decretação da prisão preventiva.

As decisões anteriores não explicitaram, mas, por esse pressuposto argumentativo, sucede-se a seguinte lógica: (i) o risco na liberdade do indivíduo foi comprovado na decretação prisional inicial; (ii) para sua soltura, necessita-se que o risco não seja mais contemporâneo, ou seja, que ele tenha findado; (iii) para que haja a comprovação do fim do risco, a defesa precisa demonstrar alteração na situação fática ou jurídica do agente; a partir disso, (iv) como a defesa não demonstrou essa alteração fática ou jurídica, a prisão deve ser mantida.

A decisão supramencionada utilizou, inclusive, precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de sustentar que

VII - A contemporaneidade das medidas cautelares deve ser aferida não tomando por base apenas a data dos fatos investigados, mas, igualmente, levando em conta a permanência de elementos que indicam que os riscos aos bens que se buscam resguardar com sua aplicação ainda existem. Nesse sentido, o pedido de exoneração da Petrobras foi feito ainda em fins de 2019 e o recorrente mantém recursos disponíveis no exterior, ao passo que as investigações ainda se encontram em curso. Logo, não há que se falar em ausência de contemporaneidade da medida. (AgRg no RHC 126.746/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 15/09/2020).(grifo do autor)

Tal argumentação também foi utilizada como base argumentativa de outra decisão analisada:

Está comprovada a materialidade e há indícios suficientes de autoria. Há necessidade e contemporaneidade da segregação cautelar. A ação penal está na fase inicial, imprescindível assegurar que os depoimentos da vítima e sua irmã (ex-companheira do Paciente) e da testemunha ocular, sem pressões ou interferências. (TJ-RJ - HC nº 0036932-16.2022.8.19.0000 RJ, Relator: KATYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT, Data de Julgamento: 28/06/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 29/06/2022)

Nessas decisões, portanto, a contemporaneidade é enfrentada. Mas o argumento justificante não toma como base a contemporaneidade dos fatos, mas do risco que ainda permanece na liberdade do agente.

Apesar dessa decisão ter conseguido explicitar a lógica do pensamento, ela não soluciona o problema que foi explanado neste trabalho acadêmico anteriormente.

É compreensível que a contemporaneidade seja analisada sob a ótica do risco na liberdade do agente. Contudo, apesar de compreensível, o Código de Processo Penal não utiliza essa lógica. O diploma normativo deixa claro que a contemporaneidade deve incidir sobre fatos, não sobre eventual risco. E a consequência dessa lógica faz com que o ônus de comprovar a ausência do risco recaia sobre a defesa, não sobre o juízo como a norma processual penal determina.

Inevitavelmente, portanto, a descoberta desse argumento justificante acarreta na discussão sobre até que ponto o Judiciário pode alterar a lógica do que está previsto em lei ao interpretar a norma jurídica.

2.2.2.2.2 - O afastamento da tese de contemporaneidade caso o agente esteja foragido

Nessa decisão, o órgão julgador enfrentou a tese da contemporaneidade a partir de três argumentos justificantes distintos.

Primeiro, sustentou que a tese deve ser afastada nos casos que o decreto prisional deixa de ser cumprido porque estava foragido o paciente.

No caso em tela, o decreto prisional foi feito em 2017. Porém, com a fuga do agente, seu cumprimento só foi realizado em 2021.

A partir desse lapso temporal, a defesa arguiu falta de contemporaneidade. Contudo, o órgão julgador evocou precedente o do Superior Tribunal de Justiça no qual entendeu-se que

fica afastada a tese de ausência de contemporaneidade quando o decreto não pode ser cumprido porque foragido o paciente (STJ, HC 574.885/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2020, DJe 05/08/2020) (grifo do autor)

A lógica é que o agente não pode se beneficiar da própria torpeza no processo criminal. Isto é, evadir-se da responsabilidade para com a lei processual penal e, depois, sustentar decurso de lapso temporal para não ser preso.

Esse foi apenas o primeiro argumento justificante para enfrentar a tese. Ocorre que o órgão incrementou essa fundamentação com a lógica de que a contemporaneidade deve ser avaliada sob a ótica do risco na liberdade do agente:

Por fim, em relação ao argumento de falta de contemporaneidade, não informando por qual motivo, melhor sorte não socorre à defesa.

É cediço que a contemporaneidade do pedido de prisão reside na permanência da situação de periculum in libertatis ao tempo da sua decretação, evitando que o período decorrido entre esses dois marcos possa tornar ineficaz ou inútil a segregação, ou seja, o que se deve evitar é que se passe um longo tempo entre a data dos fatos e o decreto construtivo. Ela, porém, deve ser ponderada à luz do caso concreto, que, aliás, apresenta várias nuances que afastam a revogação da prisão. (TJ-RJ - HC nº 0028572-92.2022.8.19.0000 RJ, Relator: MARIA SANDRA KAYAT DIREITO, Data de Julgamento: 24/05/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 26/05/2022) (grifo do autor)

Para finalizar, enfrentando a tese da contemporaneidade, o órgão julgador ainda usou um terceiro argumento justificante, o qual sustenta que a contemporaneidade deve ser analisada utilizando a decisão impugnada como lapso temporal.

Como esse argumento também foi utilizado em outra decisão, decidiu-se separar o próximo tópico apenas para ele.

2.2.2.2.3 - O lapso temporal para o tribunal avaliar a tese da contemporaneidade deve ser aquele entre cometimento do delito e decretação da prisão prisional ou efetuação da prisão em flagrante

Nas decisões que utilizaram esse argumento justificante, o órgão julgador sustentou sua fundamentação a partir da lógica que o lapso temporal avaliado deve ser aquele entre o cometimento do crime e a decisão impugnada. Vejamos um trecho da decisão comentada anteriormente, que utilizou esse argumento justificante como complemento:

Neste caso, o crime foi praticado em 18-agosto-2017, enquanto a prisão do paciente foi decretada no mês seguinte, 20-09-2017, com o recebimento da denúncia, não havendo se falar em falta de contemporaneidade. (TJ-RJ - HC nº 0028572-92.2022.8.19.0000 RJ, Relator: MARIA SANDRA KAYAT DIREITO, Data de Julgamento: 24/05/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 26/05/2022)

A lógica é que o remédio constitucional do Habeas Corpus é impetrado em face de uma decisão supostamente ilegal. Para defendê-la, o órgão utiliza o lapso temporal utilizado pela própria decisão.

O problema é que, no caso supramencionado, o julgamento foi feito em 2022. Ou seja, caso a tese da contemporaneidade fosse enfrentada utilizando como marco para o lapso temporal o dia do julgamento do remédio constitucional, certamente não lograria êxito.

Sob a mesma linha de pensamento, a segunda decisão que se baseou nesse argumento justificante utilizou como parâmetro a efetuação da prisão preventiva para analisar a contemporaneidade:

Nos termos do artigo 315, § 1.º, do Código de Processo Penal (incluído pela Lei nº 13.964, de 2019), a contemporaneidade dos fatos a justificar a prisão está demonstrada, pois o paciente foi detido em flagrante, quando supostamente estaria levando uma arma de fogo um fuzil da marca Colt série K700326 calibre 5.56mm e seu carregador, armamento de uso restrito, artefato bélico

arrecadado de extremo potencial ofensivo, da Cidade de Parati, para o bairro de Bangu sem qualquer autorização, o que aumenta a reprovação de sua conduta. (TJ-RJ - HC nº 0056741-89.2022.8.19.0000 RJ, Relator: KATYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT, Data de Julgamento: 31/08/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 01/09/2022) (grifo do autor)

É imprescindível destacar que, das 35 decisões analisadas, a decisão supramencionada foi a única que citou o Art. 315, § 1.º, do Código de Processo Penal, no momento de enfrentá-lo.

Essa evitação em citar o dispositivo deve ser, brevemente, pormenorizada.

Esse dispositivo tem bases doutrinárias a partir das quais pretendeu-se materializar um princípio, denominado Princípio da Contemporaneidade.

Evidentemente, os princípios do Direito têm valor normativo, porém, em decorrência da sua abrangência e de sua natureza principiológica, eles são ponderados com outras normas antes de ser aplicado no caso concreto. Diferentemente das regras, que são aplicadas sob a forma de “tudo ou nada”. Ou seja, verificando-se as circunstâncias fáticas ou jurídicas normatizadas no dispositivo, a regra deve ser aplicada.

Com exceção do caso acima, todas as decisões enfrentaram o Princípio da Contemporaneidade, ponderando-o com os pressupostos autorizadores da prisão preventiva.

O problema é que, na visão do pesquisador, o Art. 315, § 1º, do Código de Processo Penal, não foi normatizado como princípio, foi normatizado como regra. Quando o órgão julgador decide não citar o dispositivo, ele busca afastar esse fato e enfrentar apenas o princípio que foi a base doutrinária da regra, desnaturando a espécie normativa da norma processual penal.

Por essa razão, a decisão supramencionada, em relação às demais, foi tão combativa nesse sentido. Ela reconhece que a norma deve ser encarada como regra e reconhece que a norma utiliza, como base normativa para a contemporaneidade, fatos e não o risco na liberdade do agente. A partir disso, ela enfrenta a tese da contemporaneidade.

Portanto, o mérito do argumento justificante da decisão pode até ser enfrentado, mas os pressupostos epistemológicos a partir dos quais ela se baseou coadunam com a espécie e base normativas do dispositivo.

2.2.2.2.4 - Manutenção da prisão preventiva para apelação

Essa decisão é um retrato do poder da jurisprudência sobre o que está previsto no dispositivo legal. A fundamentação é enriquecida de precedentes e entendimentos, mas não se preocupa com a citação dos dispositivos legais que causaram esses argumentos justificantes.

Primeiramente, vale ressaltar que a lógica da fundamentação é a mesma: a contemporaneidade deve ser analisada sob o prisma de risco na liberdade do agente.

Entretanto, o órgão julgador decide incrementar a fundamentação com o seguinte argumento:

Deve ser ressaltado que a manutenção do réu na prisão constitui-se em um dos efeitos da respectiva condenação, sendo certo que a custódia provisória para recorrer não ofende à garantia da presunção da inocência, conforme Súmula nº 09, do Superior Tribunal de Justiça: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. [...]”

Além disso, repita-se, tendo o réu respondido ao processo preso, **deve prevalecer a regra, calcada na razoabilidade, de que após o juízo de certeza estampado na condenação, não possa o condenado aguardar o julgamento da apelação em liberdade, a não ser que haja mudança fática superveniente a justificar a liberdade provisória, o que não restou comprovado nos autos.** (TJ-RJ - HC nº 0091043-81.2021.8.19.0000 RJ, Relator: MARIA SANDRA KAYAT DIREITO, Data de Julgamento: 08/02/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 10/02/2022) (grifos do autor)

Ou seja, esse risco na liberdade do agente é, supostamente, intensificado pela sentença de primeira instância.

É imprescindível ressaltar que o órgão julgador destacou uma regra, a partir da qual, após o “juízo de certeza” ser estampado na condenação, o condenado não poderia aguardar o julgamento da apelação em liberdade.

A aplicação da suposta regra foi clara e objetiva: estando o agente preso preventivamente, a interposição de apelação proíbe o magistrado de soltá-lo, evitando que ele recorra em liberdade.

Como o caso trata exatamente desse cenário, aplica-se a suposta regra ao caso concreto.

O problema é que ele não cita o dispositivo legal a partir do qual essa regra foi extraída. Isso porque essa regra não está calcada em dispositivo legal algum. Ou seja, o órgão julgador aplicou uma suposta regra que não está em nenhum diploma legal.

O Judiciário, portanto, criou um suposto pressuposto autorizador para manutenção da prisão preventiva para além daqueles previstos pelo legislador.

Insta salientar que, antes da Lei nº 11.719/2008, o art. 594 do CPP carregava essa regra:

Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto. (BRASIL,1941)

Contudo, após o advento da Lei, o dispositivo foi completamente revogado, deixando de surtir eficácia.

Vale ressaltar, ainda, que os tribunais superiores, ainda antes da revogação, já entendiam que o dispositivo contrariava os mandamentos processuais penais, razão pela qual o STJ editou a Súmula nº 347, fixando que “O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.”.

Percebe-se, portanto, que o dispositivo era incompatível com o ordenamento jurídico, reconhecidamente pelos tribunais superiores. Por essa razão, o legislador ainda normatizou a Lei supramencionada para, expressamente, revogar o dispositivo.

Ou seja, os dois poderes, Legislativo e Judiciário, responsáveis por, respectivamente, normatizar e interpretar os mandamentos legais, já tinham deixado claro, há 14 anos atrás, que o recurso de apelação não é para ser vinculado com a prisão preventiva.

Mesmo assim, ainda se encontram decisões que aplicam essa regra, que não apenas não está em dispositivo legal, como foi rechaçada completamente pelos dois poderes responsáveis por ditar as normas processuais penais.

Isso significa que, ao mesmo tempo que o Judiciário ignora o requisito legal da existência de fatos novos ou contemporâneos, ele cria pressupostos autorizadores como esse, contrariando entendimentos consolidados e a revogação expressa do legislativo, e, em decorrência disso, a interposição de apelação justificaria a manutenção da prisão preventiva.

Para agravar a situação, os precedentes que calcaram esse argumento justificante estabeleceram que:

I - A jurisprudência dominante neste Superior Tribunal de Justiça se dá no sentido da possibilidade de compatibilização entre a segregação cautelar e o regime menos gravoso estabelecido na sentença, desde que adequadas as condições da prisão provisória às regras do regime imposto, exatamente como ocorre na hipótese. (AgRg no AgRg no RHC 150.521/PA, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT), QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 04/11/2021). (grifo do autor)

2. Quanto à incompatibilidade da prisão preventiva com o regime semiaberto imposto, a jurisprudência desta Corte superior entende que "[n]ão há incompatibilidade entre a negativa do direito de recorrer em liberdade e a fixação do regime semiaberto, caso preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, como ocorre in caso. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 698.951/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 28/10/2021). (grifo do autor)

Ou seja, essa suposta regra, criada pelo Judiciário sem amparo em dispositivo legal, de manutenção da prisão preventiva em casos de interposição de apelação também se aplica caso a sentença fixe um regime semiaberto ou aberto.

A partir dessa lógica de pensamento, caso o agente abdique do seu direito recursal e acate a sentença de primeira instância, ele cumprirá pena no regime semiaberto. Caso ele tenha interesse em interpor apelação, ele será “penalizado” (termo aplicado pelo pesquisador, afastado do seu caráter técnico) com a manutenção da prisão preventiva em regime fechado.

Isto é, sendo culpado (com sentença penal condenatória transitada em julgado), o agente cumpre um regime prisional mais brando do que sendo inocente (sem sentença penal condenatória transitada em julgado).

É, praticamente, uma punição ao inocente por querer utilizar do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição sem aceitar a sentença penal condenatória de primeira instância.

Vale ressaltar, todavia, que a proposta do trabalho acadêmico é pôr em cheque a qualidade do argumento justificante (nesse caso, da suposta regra de manutenção da prisão preventiva para casos de interposição de recurso de apelação). Não se pretende analisar a possibilidade ou não da prisão preventiva no caso concreto, isso porque demandaria a análise não somente do argumento, mas de toda a fundamentação a partir de todos os pressupostos autorizadores.

Portanto, a prisão preventiva pode até ser legal e fundamentada, mas a utilização desse argumento justificante em específico carece de dispositivos legais e de lógica argumentativa.

2.2.2.2.5 - Exemplo de decisão que se fundamenta em fatos novos ou contemporâneos

Por fim, a última decisão deste tópico, diferentemente de todas as outras, demonstra um exemplo do que se enquadraria como fatos novos ou contemporâneos, uma vez que ela utiliza elementos constantes nos autos para enfrentar a tese da contemporaneidade.

A partir do voto do Desembargador Pedro Raguenet, a decisão se depara com a seguinte tese defensiva:

A Impetrante sustenta não haver fatos atuais que justifiquem a medida excepcional, que o Paciente se encontra em liberdade há mais de 3 (três) anos desde a data dos fatos e que jamais colocou em risco o processo ou a aplicação da lei penal. (TJ-RJ - HC nº 0061694-96.2022.8.19.0000 RJ, Relator: Pedro Raguenet, Data de Julgamento: 30/08/2022, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 01/09/2022)

É impar salientar que o relator fez questão de transcrever o argumento principal da tese defensiva, a fim de enfrentá-la.

De fato, o suposto crime tinha ocorrido três anos e meio antes da decretação prisional e o acusado respondeu ao processo em liberdade durante todo esse tempo. A partir disso, a defesa arguiu pela soltura do paciente.

Ocorre que, nos termos do voto do desembargador,

a afirmação das testemunhas em relação às ameaças proferidas pelo Paciente **se refere a fatos atuais, não àqueles narrados na denúncia**, ou seja, a imputada conduta desvalorada atribuída ao Paciente persiste ao longo do tempo. (grifo do autor)

Diante desse cenário de ameaças e instabilidade ao processo criminal, ocasionado por fatos atuais após o suposto cometimento do crime, o desembargador fundamentou a confirmação da medida cautelar prisional com ainda mais elementos dos autos:

Ademais, conforme consta da assentada de fls. 187, o temor experimentado pelas testemunhas **ocasionou inclusive a mudança delas de sua residência para outro imóvel com o objetivo de que o réu não soubesse o atual endereço daquelas**. (grifo do autor)

A partir desses fatos novos ou contemporâneos (denominados, na decisão, como fatos atuais), o desembargador preencheu, de forma clara e objetiva, citando os elementos do caso concreto, o requisito legal de contemporaneidade do Código de Processo Penal.

Ele, ainda, cita o trecho da decisão de decretação prisional que trata especificamente sobre isso:

“[...] Em que pese alegada internação em clínica pelo réu a mesma se deu a menos de uma semana após a ciência da audiência. **Considerando o teor dos depoimentos, a postura**

intimidatória do réu perante seus familiares e as ameaças narradas por mais de uma testemunha acolho o pedido do Ministério Público e decreto a prisão preventiva do réu para garantia da ordem pública. Expeça-se mandado de prisão. Sem prejuízo venham as alegações finais. [...]" (grifo do autor)

Portanto, essa é uma decisão que traz um exemplo claro de uma circunstância fática/jurídica que poderia ser subsumida facilmente ao requisito legal: prova testemunhal superveniente que aponta para ameaças atuais, após o cometimento do suposto crime, do agente para com as vítimas e as testemunhas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral do trabalho foi analisar, qualitativamente, a fundamentação das decisões denegatórias de Habeas Corpus da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que confirmaram a decretação da prisão preventiva.

O meio utilizado para a consecução dessa finalidade foi a formulação de quesitos e subquesitos que incidiram sobre as decisões.

Nesse íterim, o conteúdo analisado nas decisões foi delimitado para investigar, especificamente, sobre a fundamentação das decisões acerca da finalidade legal do Art. 312, caput, do Código de Processo Penal, e da contemporaneidade, requisito legal inserido pelo Pacote Anticrime nos Arts. 312, § 2º, e 315, § 1º, ambos do CPP.

Os resultados demonstraram, primeiramente, que a forma de fundamentação varia, quanto à robustez argumentativa, de acordo com o relator. Porém, a despeito disso, foi possível extrair um determinado padrão.

Quanto à fundamentação para as finalidades legais do Art. 312, o órgão julgador sustenta a decretação da prisão preventiva, sobretudo, a partir da ameaça à ordem pública.

A sustentação argumentativa da ameaça à ordem pública é feita, fundamentalmente, a partir de quatro argumentos justificantes: (i) gravidade em concreto do delito; (ii) periculosidade social do agente; (iii) risco de reiteração criminosa; (iv) necessidade de acautelar o meio social.

Nas decisões com robustez fundamentativa, o relator se preocupa em correlacionar pelo menos um desses argumentos justificantes a elementos constantes nos autos.

Todavia, a tendência é sustentar o pressuposto autorizador, essencialmente, com o argumento justificante da gravidade em concreto do delito. Essa sustentação pode ocorrer através de um precedente, que entendeu que determinado tipo penal é grave, ou através de simples argumentação demonstrando o porquê a conduta é grave.

Nessas decisões, os demais argumentos justificantes são decorrências lógicas da gravidade em concreto da conduta. A partir desse pensamento, costuma-se entender que um agente que pratica um delito grave (i) tem periculosidade social; (ii) provavelmente voltará a delinquir; e (iii) precisa ser preso preventivamente para o meio social ser acautelado.

Complementando a ameaça à ordem pública, eventualmente, aparecem os outros pressupostos autorizadores.

Vale ressaltar que cada um deles, por si só, já seria suficiente para preencher o requisito legal do Art. 312. Todavia, a praxe é se basear na ordem pública e, em algumas decisões, complementar com pelo menos algum outro.

A sustentação argumentativa da aplicação da lei penal é feita, fundamentalmente, por inexistência de amarras do agente ao distrito da culpa.

Essa inexistência é fundamentada, principalmente, por não comprovação de residência. Porém, em algumas decisões, o argumento é de residência em outro estado ou disponibilidade de bens no exterior.

Vale ressaltar que o prognóstico de fuga também é um argumento justificante muito condizente e utilizado em alguns momentos para sustentar esse pressuposto autorizador.

Completando a análise das finalidades legais do Art. 312, a sustentação argumentativa da conveniência da instrução criminal é feita, fundamentalmente, a partir da ideia de que o agente causaria risco à produção de prova testemunhal.

Nesse sentido, em decisões com robustez argumentativa, esse risco é calcado em elementos concretos. Em outras decisões, o relator entende que o temor da vítima ou da testemunha é uma decorrência lógica da gravidade em concreto do delito ou da periculosidade social do agente. A partir dessa lógica, o pressuposto autorizador é fundamentado com os mesmos argumentos justificantes da ameaça à ordem pública.

Por fim, insta salientar que a ameaça à ordem econômica não foi um pressuposto autorizador utilizado em nenhuma das decisões da amostragem, razão pela qual sua fundamentação não foi analisada.

Quanto à fundamentação para a contemporaneidade dos Arts. 312, § 2º, e 315, § 1º, ambos do CPP, o órgão julgador, majoritariamente, ignora a existência do dispositivo.

Porém, em algumas decisões, o relator decide enfrentar o requisito legal e, a partir desse enfrentamento, vem se consolidando o entendimento de que o ônus de comprovar fatos novos ou contemporâneos que alterariam a situação fática do momento da decretação prisional é da defesa.

A lógica é de que deve ser analisada a contemporaneidade do risco da liberdade do agente. Presumindo-se que o risco se mantém desde o decreto prisional inicial, seria ônus da defesa comprovar que ele deixou de existir a partir de fatos novos ou contemporâneos.

Apesar desse entendimento estar sendo consolidado e, majoritariamente, replicado nas decisões judiciais que enfrentam a contemporaneidade, algumas decisões destoantes buscam incrementar argumentativamente o decreto prisional com outras justificações.

Nessa perspectiva, teses argumentativas próprias. Por exemplo, o afastamento da tese de contemporaneidade caso o agente esteja foragido, a consideração do decreto prisional impetrado para fins de marco temporal, a impossibilidade da soltura do agente em casos de sentença penal condenatória prolatada pela primeira instância, etc.

Porém, é ímpar ressaltar que, diante de todas essas possibilidades de argumentação, a mais difícil de aparecer é aquela na qual o órgão julgador demonstra um fato após o cometimento do crime que justificasse a imposição da medida cautelar prisional.

A partir dos resultados supramencionados, evidencia-se que foi possível atingir os objetivos almejados relacionados à análise qualitativa da fundamentação das decisões judiciais da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que confirmaram a decretação da prisão preventiva através de decisão denegatória de Habeas Corpus.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**: tomo II. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 278.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm Acesso em: 02 nov. 2022.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

_____. Decreto nº 88.777, de 30 de setembro de 1983. Aprova o **regulamento para as polícias militares e corpos de bombeiros militares (R-200)**. Brasília, DF, 30 set. 1983. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d88777.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069/90. Brasília, DF, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

_____. **Estatuto do idoso**: lei federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

_____. **Lei nº 11.719**, de 20 de junho de 2008. Vigência Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. [S. l.], 20 jun. 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.719%2C%20DE%2020%20DE%20JUNHO%20DE%202008.&text=Altera%20dispositivos%20do%20Decreto%2DLei,mutato%20libelli%20e%20aos%20procedimentos. Acesso em: 04 dez. 2022.

_____. Lei nº 12.037, de 1 de setembro de 2009. **Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado**, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. [S. l.], 1 set. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.037%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20OUTUBRO%20DE%202009.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20identifica%C3%A7%C3%A3o%20criminal,inciso%20LVIII%2C%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal. Acesso em: 02 nov. 2022.

_____. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (**Estatuto da Pessoa com Deficiência**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em 02 nov. 2022

_____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Anticrime. **Pacote Anticrime**, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2019/lei-13964-24-dezembro-2019-789639-norma-p1.html>. Acesso em: 02 nov. 2022.

CAOCRIM: **MP-RS**. [S. l.], 2015. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/criminal/arquivos/resposta_querelado_prisaopreventiva.pdf. Acesso em: 2 nov. 2022.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Prisão cautelar : dramas, princípios e alternativas** / Rogério Schiatti Machado Cruz. - 2.ed. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011. 246 p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei N^ 13.964/19 - Artigo por Artigo** / Renato Brasileiro de Lima - Salvador: Editora JusPodivm, 2020. 592 p.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 1232 p.

MARCÃO, Renato **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas** / Renato Marcão — 2. ed. rev. e ampl., São Paulo : Saraiva, 2012.

MARQUES, Gabriela **Prisão : manual prático** [livro eletrônico] / Gabriela Marques, Ivan Marques. -- 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

MIRABETE, Júlio Fabbrini – **Código de Processo Penal Interpretado**, 5ª edição, São Paulo, Atlas, 1997, p. 417.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 1080 p.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli. – 25. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

PAULA, Tainah de. **Orientações para que os resultados informem de maneira clara e precisa os objetivos da pesquisa**. CAPCS, [S. l.], p. 1, 12 ago. 2019. Disponível em: <http://www.capcs.uerj.br/tecnicas-de-amostragem/>. Acesso em: 2 nov. 2022.

RICHARDSON, R. J. **Pesquisa Social - Métodos e Técnicas**. 3ª edição. São Paulo, Atlas, 2008. 334 p.

SANNINI NETO, Francisco. “**Qual a natureza jurídica da representação do Delegado de Polícia?**”. Jusbrasil. 20 nov. 2014. Disponível em: <https://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/151642392/qual-a-natureza-juridica-da-representacao-do-delegado-de-policia> Acesso em: 02 nov. 2022

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao pacote anticrime** / Marcos Paulo Dutra Santos – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. 656 p.

VARALDA, RENATO BARÃO. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. p.164

APÊNDICES

APÊNDICE A - PARÂMETROS DA BUSCA JURISPRUDENCIAL

CONSULTA JURISPRUDÊNCIA

Pesquisa livre

DECRETAÇÃO PRISÃO PREVENTIVA e HABEAS CORPUS

E

OU

ADJ

NÃO

PROX

§

Pesquisa por campos específicos:

Origem: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro 2ª Instância

Julgados a partir do ano de 2022 Até o ano de 2022

Competência: Criminal

Ramo do direito: DIREITO PENAL

Magistado: Selecione...

Órgão Julgador: PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL

 Ativo Inativo

APÊNDICE B - PARÂMETROS UTILIZADOS PARA A ESCOLHA DA AMOSTRA

Erro Amostral (%)	10
Heterogeneidade (%)	20
População (pessoas)	Quantidade de decisões encontradas
Nível de Confiança (%)	<input checked="" type="radio"/> 90% <input type="radio"/> 95% <input type="radio"/> 99%
Calcular	

$$n = \frac{N * Z^2 * p * (1-p)}{(N-1) * e^2 + Z^2 * p * (1-p)}$$

n = O tamanho da amostra que queremos calcular.

N = Tamanho do universo.

Z = É o desvio do valor médio que aceitamos para alcançar o nível de confiança desejado. Em função do nível de confiança que buscamos, usaremos um valor determinado que é dado pela forma da distribuição de Gauss.

Os valores mais frequentes são:

Nível de confiança 90%% -> Z=1,645

Nível de confiança 95%% -> Z=1,96

Nível de confiança 99%% -> Z=2,575

e = É a margem de erro máximo para se admitir.

p = Heterogeneidade = É a proporção que se espera encontrar.

Órgão Julgador	Número de decisões encontradas pela busca jurisprudencial	Erro amostral (%)	Heterogeneidade (%)	Nível de Confiança (%)	Amostra
1ª Câmara Criminal	172	10	20	90	35



Classificar número

entre e

- Mostrar o resultado em ordem crescente!
 Visualizar o resultado somente ao clicar!
 Adicionar contagem regressiva

SORTEAR AGORA!



Os números sorteados foram:



E agora, o que gostaria de fazer?

[Salvar este resultado](#)

[Sortear sem repetir o resultado](#)

[Sorteio Change](#)

[Voltar para o Sorteador](#)

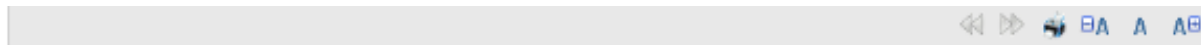
Informações sobre o sorteio:

Data do Sorteio:
3 de novembro de 2022 às 02:04

Quantidade Sorteada:
35

Sorteio entre:
1 e 172

Sorteio Premium?
Não



(*) Indica que a palavra ou expressão pesquisada foi encontrada na ementa

Pesquisa: DECRETAÇÃO PRISÃO PREVENTIVA e HABEAS CORPUS

Relação de 1 até 10 de 172

Página 1 de 18

1ª Decisão encontrada na pesquisa de um total de 172



[Versão para impressão](#)

[0076038-82.2022.8.19.0000](#) - HABEAS CORPUS

Ementa sem formatação

1ª Ementa

Des(a). LUIZ ZVEITER - Julgamento: 25/10/2022 - PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO E PRESO PREVENTIVAMENTE PELA SUPOSTA PRÁTICA DO CRIME DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO, NA FORMA TENTADA, DESCRITO NO ARTIGO 121, §2º, INCISOS II E IV, NA FORMA DO ARTIGO 14, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PRETENSÃO DE RELAXAMENTO DA **PRISÃO PREVENTIVA**, SOB A ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA MANUTENÇÃO DE SUA **PRISÃO** CAUTELAR, QUE NÃO MERECE PROSPERAR. NO CASO DOS AUTOS, O PACIENTE ENCONTRA-SE PRESO PREVENTIVAMENTE PELA SUPOSTA PRÁTICA DO CRIME DE HOMICÍDIO TENTADO CONTRA O PAI DE SUA COMPANHEIRA. EXTRAÍ-SE DAS JUDICIOSAS INFORMAÇÕES A REGULARIDADE DO TRÂMITE DO PROCESSO, TENDO SIDO DESIGNADA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO PARA O DIA 05.12.2022 ÀS 15:00 HORAS, OCASIÃO EM QUE PROVAVELMENTE SE ENCERRARÁ A INSTRUÇÃO CRIMINAL. COMO SABIDO, OS PRAZOS PROCESSUAIS NÃO PODEM SER TRATADOS COMO MERO CÁLCULO ARITMÉTICO, DEVENDO O MAGISTRADO ANALISAR CASO A CASO, CUIDANDO DO SEU REGULAR ANDAMENTO. NA HIPÓTESE, NÃO FOI VERIFICADO QUALQUER PERÍODO DE PARALISAÇÃO INDEVIDA NA TRAMITAÇÃO DO FEITO, O QUAL SEGUIE SUA MARCHA PROCESSUAL DE FORMA REGULAR. ADEMAIS, NÃO HOUVE QUALQUER ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA QUE ENSEJOU A **DECRETAÇÃO** DA CUSTÓDIA CAUTELAR, DE SORTE QUE PERMANECEM HIGIDOS OS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PARA O ENCARCERAMENTO PREVENTIVO. ASSIM, ANTE A HIGIDEZ DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR E A INEXISTÊNCIA DO ALEGADO EXCESSO DE PRAZO, A MANUTENÇÃO DA **PRISÃO** CAUTELAR É MEDIDA QUE SE IMPÕE. ORDEM DENEGADA.

INTEIRO TEOR

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 25/10/2022 - Data de Publicação: 26/10/2022 (*)

2ª Decisão encontrada na pesquisa de um total de 172



APÊNDICE C - TABELA DE QUESITOS E SUBQUESITOS

QUESITO 1:

Fundamento Legal	Quesito Principal	Respostas ao Quesito	Subquesitos
Art. 312, caput, CPP	O que o órgão julgador pretendeu garantir com a decretação da prisão preventiva?	1) Ordem Pública; 2) Ordem Econômica; 3) Por Conveniência da Instrução Criminal; 4) Para assegurar a aplicação da lei penal.	1) <u>Para Ordem Pública:</u> Qual foi o fundamento para justificar a ameaça à Ordem Pública? 2) <u>Para Ordem Econômica:</u> Qual foi o fundamento para justificar a ameaça à Ordem Econômica? 3) <u>Para Conveniência da Instrução Criminal:</u> Por que a liberdade do sujeito é inconveniente para instrução criminal? 4) <u>Para Assegurar a Aplicação da Lei Penal:</u> Por que a prisão do suspeito foi necessária para assegurar a aplicação da lei penal?

QUESITO 2:

<u>Fundamento Legal</u>	<u>Quesito Principal</u>	<u>Respostas ao Quesito</u>	<u>Subquesito</u>
<p>Art. 312, § 2º, CPP</p> <p>Art. 315, § 1º, CPP</p> <p>Art. 316, caput, <i>in fine</i>, CPP</p>	<p>A existência ou a inexistência de fatos novos ou contemporâneos foi utilizada como fundamento pelo órgão julgador?</p>	<p>1) SIM;</p> <p>2) NÃO;</p>	<p>1) Para Sim: Como a existência ou a inexistência de fatos novos ou contemporâneos foi utilizada para fundamentar a decretação da prisão preventiva?</p> <p>2) Para Não: Sem subquesito.</p>

APÊNDICE D - RESULTADO DO QUESITO 1

Primeira Câmara Criminal**Total: 35 decisões****Quesito 1: O que o órgão
pretendeu garantir com
a decretação da prisão?**

APÊNDICE E - RESULTADO DO SUBQUESITO 1 DO QUESITO 1**Primeira Câmara Criminal****Total: 34 decisões****Quesito 1: Qual foi o argumento
para fundamentar a ameaça à
ordem pública?**

APÊNDICE F - RESULTADO DO SUBQUESITO 2 DO QUESITO 1

APÊNDICE G - RESULTADO DO QUESITO 2

Primeira Câmara Criminal**Total: 35 decisões****A existência ou a inexistência de fatos novos ou contemporâneos foi utilizada como fundamento pelo órgão julgador?**