



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO

CAIO MARQUES BARRETO DA SILVA

**A VALORAÇÃO DA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NA
MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NA JURISPRUDÊNCIA
DO STF: UM ESTUDO DE CASO DO GOLEIRO BRUNO FERNANDES**

Salvador

2018

CAIO MARQUES BARRETO DA SILVA

**A VALORAÇÃO DA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NA
MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NA JURISPRUDÊNCIA
DO STF: UM ESTUDO DE CASO DO GOLEIRO BRUNO FERNANDES**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação, apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Fabiano Cavalcante Pimentel

Salvador

2018

CAIO MARQUES BARRETO DA SILVA

**A VALORAÇÃO DA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NA
MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NA JURISPRUDÊNCIA
DO STF: UM ESTUDO DE CASO DO GOLEIRO BRUNO FERNANDES**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação,
apresentado na Faculdade de Direito da
Universidade Federal da Bahia – UFBA, como
requisito parcial à obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Fabiano Cavalcante Pimentel

Banca Examinadora

Prof. Fabiano Cavalcante Pimentel (orientador)

Prof^a. Thaize de Carvalho Correia

Prof^a. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

Salvador, ____ de _____ de 2018

RESUMO

SILVA, Caio Marques Barreto da. **A valoração da gravidade em abstrato do crime na decretação da prisão preventiva na jurisprudência do STF: um estudo do caso do goleiro Bruno Fernandes**. 2018. 66 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2018.

O presente trabalho busca fazer uma análise da jurisprudência do STF sobre a valoração da gravidade em abstrato do crime para fins de fundamentação da decretação ou manutenção da prisão preventiva, a partir do estudo de caso do goleiro Bruno Fernandes, que teve a liminar que concedia a sua liberdade provisória cassada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em abril de 2017. Inicialmente, tentar-se-á traçar o panorama atual do precedente dentro do sistema legal brasileiro, bem como os aspectos gerais da teoria dos precedentes, a fim de demonstrar a importância da uniformização da jurisprudência dos tribunais superiores. A seguir, será estudada a visão dogmática sobre a prisão preventiva, e todos os seus principais aspectos, passando por todos os seus pontos controversos, princípios, hipóteses e requisitos, para que se torne possível uma análise crítica e científica da decisão do STF. Em seguida será dada uma breve contextualização do caso a que se propõe estudar e, logo após, a decisão da corte será analisada, isolando-se os argumentos que interessam ao trabalho, ou seja, aqueles em que pode ter havido a valoração da gravidade em abstrato do delito. Por fim, serão trazidos precedentes anteriores do próprio STF sobre o mesmo tema, a título de comparação para que se verifique se a decisão tomada está em conformidade com a jurisprudência anteriormente firmada.

Palavras-chave: Teoria dos precedentes; Direito Processual Penal; Medidas Cautelares; Prisão Preventiva

ABSTRACT

SILVA, Caio Marques Barreto da. **A valoração da gravidade em abstrato do crime na decretação da prisão preventiva na jurisprudência do STF: um estudo do caso do goleiro Bruno Fernandes**. 2018. 66 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2018.

The current work aims to do a review of Brazilian's Supreme Court case law about the valuation of the abstract gravity of the crime for the purpose of grounding in application of the preventive detention, based on the case study of the keeper Bruno Fernandes, who had his injunction that granted his provisional release removed by Brazilian's Supreme Court, in April, 2017. Initially, the research will draw the current panorama of the precedent in Brazilian's legal system, as well as its general aspects, in order to prove the value of standardization of the superior courts' case law. Hereafter, it'll be studied the legal dogmatics about preventive detention, and all its aspects, working through all its controversial matters, principles, hypotheses and requirements, in order to make it possible a scientific analysis of the Supreme Court's decision. Then, the research will briefly contextualize the aimed case, and soon after the decision will finally be analyzed, isolating the intended holding of the search, that is, the arguments in which could have happened the valuation of the abstract gravity of the crime. Ultimately, it'll bring the previews precedents of Brazilian's Supreme Court about the same topic, in order to compare with the analyzed decision for the examination of its accordance with the Court's case law.

Keywords: Precedents; Criminal Procedure; Preventive detention

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	OS PRECEDENTES JUDICIAIS	8
	2.1 Aproximação entre o <i>civil law</i> e o <i>common law</i>	8
	2.2 O precedente judicial.....	9
	2.2.1 Noções gerais.....	9
	2.2.2 Princípios constitucionais à luz da teoria dos precedentes.....	11
	a) Princípio da igualdade.....	11
	b) Princípio da segurança jurídica.....	12
	2.3 A importância da fundamentação (motivação) nas decisões judiciais no sistema de precedentes.....	13
3	A PRISÃO PREVENTIVA NA DOUTRINA	14
	3.1 Introdução.....	14
	3.2 Princípios das medidas cautelares.....	15
	3.2.1 Princípio da presunção de inocência.....	15
	3.2.2 Princípio da proporcionalidade.....	17
	3.2.3 Princípio da jurisdicionalidade.....	19
	3.2.4 Princípio da motivação da decisão.....	19
	3.2.5 Princípio do contraditório.....	20
	3.2.6 Princípio da provisionalidade.....	20
	3.2.7 Princípio da provisoriedade.....	21
	3.2.8 Princípio da excepcionalidade.....	22
	3.3 Aspectos da prisão preventiva.....	22
	3.3.1 Momento e legitimidade para requerer prisão preventiva.....	22
	3.3.2 Requisitos da prisão preventiva.....	24
	3.3.3 Fundamentos da prisão preventiva (art. 312)	25
	3.3.4 Condições de admissibilidade da prisão preventiva.....	30
	3.3.5 Decretação ou manutenção da prisão preventiva por ocasião da sentença condenatória recorrível ou da decisão de pronúncia.....	35
	3.4 Crítica às prisões cautelares.....	36
	3.5 Liberdade provisória.....	38
	3.5.1 Noções gerais.....	38

3.5.2 Liberdade provisória como medida cautelar originária ou substitutiva de qualquer prisão cautelar.....	39
3.5.3 Liberdade provisória com e sem fiança.....	40
3.5.4 A liberdade provisória e os crimes inafiançáveis.....	41
4 ANÁLISE DA DECISÃO DO HC 139.612.....	43
4.1 Breve contextualização do caso.....	43
4.2 A valoração da gravidade em abstrato do fato nos votos do acórdão.....	44
4.3 Precedentes anteriores do STF sobre o tema.....	54
4.4 Conclusões sobre a fundamentação da decisão.....	58
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

A prisão preventiva, no Brasil, tem sido tema de bastante controvérsia, não só pela sua gravidade, pois se propõe a privar o acusado de sua liberdade antes do trânsito em julgado do processo, flexibilizando garantias constitucionais fundamentais, como também pela falta (ou insuficiência) de regulamentação em seus requisitos.

Com as recentes alterações ao CPP, que introduziram ao processo diversas medidas cautelares alternativas ao encarceramento, é pacífico, na doutrina, que a prisão preventiva deve ser utilizada somente em *ultima ratio*, ou seja, somente quando nenhuma outra medida cautelar for capaz de resolver a questão disposta.

Não obstante, é comum encontrar, na prática, excessos e abusos na decretação da prisão preventiva, decorrentes, em grande parte, dos requisitos para a sua configuração, listados muitas vezes em expressões vagas e de difícil definição, como “garantia da ordem pública”, ou “garantia da ordem econômica”, o que dá ensejo às mais variadas fundamentações arbitrárias por parte dos magistrados, não existindo um real controle ou delimitação do que pode justificar a prisão preventiva.

Em decorrência disso, a prisão preventiva, teoricamente utilizada somente como último recurso, é banalizada e passa a ser a regra, esvaziando o sentido das demais medidas cautelares, e violando garantias constitucionais fundamentais, como o princípio da presunção de inocência e o direito de liberdade, tudo isso em prol de uma ilusória eficiência do judiciário e da busca de punição a qualquer custo. Nas palavras de Fabiano Pimentel, “o combate à corrupção e à impunidade agora servem para justificar qualquer tipo de violação às garantias que foram conseguidas com derramamento de sangue de muitos inocentes, em período ditatorial no qual o Brasil esteve mergulhado de 1964 até 1985¹.”

Nesse ínterim, os tribunais vêm se esforçando para tentar delimitar mais claramente os requisitos para a decretação da prisão preventiva. Contudo, o STF, o maior órgão uniformizador de jurisprudência do país, no momento de maior valorização do precedente da história do Brasil, ainda vacila na definição dos critérios que podem ou não ser utilizados para justificar tal prisão processual, por vezes até mesmo se contradizendo.

¹ PIMENTEL, Fabiano Cavalcante. *As misérias do processo penal atual*, p. 01. Disponível em: <http://www.advpf.com.br/upload/artigo-20160804153558.pdf>

2 OS PRECEDENTES JUDICIAIS

2.1 Aproximação entre o *civil law* e o *common law*

Os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law* foram criados sob circunstâncias fáticas inteiramente diferentes, o que resultou em duas tradições jurídicas bastante distintas.

O *civil law*, seguindo os preceitos da Revolução Francesa², limitava a função do juiz à de mera declaração do direito, anteriormente disposto nas leis escritas. Dessa forma, controlava-se as decisões do juiz, que deveriam se ater sempre à lei. Resultado disso, os países da Europa Continental, onde o *civil law* foi inicialmente instaurado, passaram por um intenso período de elaboração de códigos, em clara influência do Direito Romano e suas normas escritas. A principal fonte do direito, portanto, era a lei.

O *common law*, por sua vez, sofreu menos influência do Direito Romano. Na Inglaterra, onde o sistema se iniciou, o juiz e as decisões judiciais possuíam muito mais força que o direito escrito, prevalecendo assim o direito casuístico. Como explica Moreto³, a preocupação do sistema inglês sempre foi a de garantir a certeza do direito, evitando julgamentos contraditórios em casos análogos. Como consequência, os juízes, na tradição do *common law*, tem papel central na construção jurídica, na medida em que as decisões judiciais são a fonte primordial do direito. Os juízes, portanto, não apenas declaram o direito, como o criam.

Nas lições de Pimentel⁴, “pode-se dizer, então, que o *common law* se distingue do *civil law* por ser um direito histórico que tem como característica um *judge made law*, visto que a jurisprudência é de extrema importância no sistema jurídico, por ser um direito judiciário não codificado”.

² Como explica Marinoni, “O *civil law* carrega, a partir das bandeiras da Revolução Francesa, dogmas que ainda servem para negar conceitos e institutos que, muito embora não aderentes à sua teoria e tradição, mostram-se indispensáveis diante da prática e da realidade de países que se formaram a partir da doutrina da separação estrita entre os poderes e da mera declaração judicial da lei” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 49, p. 12).

³ MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema brasileiro*. Tese de doutorado apresentada ao PPGD da USP. São Paulo: 2012, p. 72.

⁴ PIMENTEL, Fabiano Cavalcante. *O retrospective overruling in mellius como fundamento para a revisão criminal*. Tese de Doutorado apresentada na UFBA. Salvador: 2015, p. 83.

Não obstante as diferenças entre os dois sistemas, o tempo e a aproximação entre os países adotantes das duas diferentes tradições, decorrentes da globalização, resultaram na influência mútua entre os dois sistemas, sendo possível encontrar presente a adoção de institutos de uma tradição na outra, e vice-versa.

Nas palavras de Moreto⁵, “apesar das diferenças entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, cada vez maior tem sido a interação entre eles, sendo possível identificar um movimento migratório rumo a um direito de “meio-termo”: ao mesmo tempo em que os países de *common law* tem feito uso, em certos casos, do papel persuasivo da jurisprudência (referindo-se, por vezes, até mesmo a decisões reiteradas de cortes de outros países), e adotado textos codificados, os países de *civil law* têm, em algumas situações, dotado o precedente judicial de eficácia vinculante, ou quase vinculante.”

No Brasil, isso fica evidente com a crescente valorização dada aos precedentes judiciais nas últimas reformas ao ordenamento jurídico, como é o caso do Novo Código de Processo Civil, de 2015, que traz um capítulo próprio para tratar da teoria dos precedentes, e com a crescente preocupação dos tribunais superiores em uniformizar as suas jurisprudências, que vem ganhando cada vez mais destaque socialmente⁶.

⁵ MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema brasileiro*. Tese de doutorado apresentada ao PPGD da USP. São Paulo: 2012, p. 16-17.

⁶ No mesmo sentido, Fabiano Pimentel acentua que “os Tribunais Superiores, na atualidade, passaram a influenciar, de maneira mais direta, os comportamentos sociais. O Supremo Tribunal Federal, principalmente em virtude de julgamentos recentes, ganhou a mídia nacional. Cidadãos comuns passaram a acompanhar os julgamentos dos tribunais superiores em tempo real e a pautar suas condutas com base nestas decisões. Os precedentes judiciais saíram da posição de decisões com efeitos apenas entre as partes, com reflexo endoprocessual, para ganhar o cotidiano popular e influenciar a vida de milhões de brasileiros.” (PIMENTEL, Fabiano Cavalcante. *O retrospective overruling in mellius como fundamento para a revisão criminal*. Tese de Doutorado apresentada na UFBA. Salvador: 2015, p. 80).

2.2 O precedente judicial

2.2.1 Noções gerais

Segundo Schauer⁷, o precedente é, principalmente, sobre a (não necessariamente conclusiva) obrigação do juiz de tomar a mesma decisão que foi tomada em uma ocasião anterior sobre caso idêntico ou similar.

O autor, separa, ainda, o precedente em duas diferentes dimensões, uma vertical e uma horizontal. O precedente vertical é aquela obrigação que tem determinado juiz ou tribunal de seguir a decisão tomada por um tribunal hierarquicamente superior em outro caso, naquilo que seja similar em questão de direito. No precedente horizontal, por sua vez, a obrigação da corte não é a de obedecer uma decisão superior, mas sim a obrigação de seguir uma decisão proferida pela mesma corte (embora não necessariamente pelos mesmos juízes) em um caso anterior⁸. Conclui, assim, o autor, que o caráter impositivo do precedente decorre da autoridade das decisões tomadas anteriormente, porque vieram antes.

Mariana Moreto, por sua vez, ressalta a diferença entre precedente judicial e jurisprudência. Precedente judicial seria toda aquela decisão proferida por uma autoridade judiciária, enquanto que o termo “jurisprudência” pressupõe um mínimo de constância e de uniformização, que se forma a partir da existência de algumas decisões reiteradas num mesmo sentido. De certa forma, pode-se dizer que o conjunto de precedentes judiciais, em determinado sentido, é chamado de jurisprudência⁹. Portanto, a partir do momento em que se cria uma regularidade na utilização da fundamentação do precedente, passa-se a se firmar uma jurisprudência sobre aquela determinada questão.

Definindo o precedente judicial, por fim, Pimentel afirma que é “uma decisão judicial de cuja fundamentação se extrai uma norma, que passará a influenciar futuros julgamentos de casos semelhantes. Esta semelhança deverá ser analisada pelo

⁷ “Precedent is centrally about the (not necessarily conclusive) obligation of a decision maker to make the same decision that has been made on a previous occasion about the same or similar matters”. (SCHAUER, Frederick. *Precedent*, p. 2. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1836384>).

⁸ “Understood horizontally, the obligation of a court is not the obligation to obey a decision from above, but is instead the obligation to follow a decision by the same court (although not necessarily by the same judges) on a previous occasion.” (SCHAUER, Frederick. *Precedent*, p. 3. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1836384>

⁹ MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema brasileiro*. Tese de doutorado apresentada ao PPGD da USP. São Paulo: 2012, p. 19-20.

magistrado que utilizará o precedente, evitando-se, dessa forma, que casos análogos sejam julgados de maneira distinta, respeitando-se os princípios da igualdade e da segurança jurídica¹⁰.”

Didier Jr. ressalta a diferença entre o precedente e a *ratio decidendi*, a razão de decidir do precedente, sendo esta “os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi. (...) Trata-se de norma geral, malgrado construída mediante raciocínio indutivo, a partir de uma situação concreta. *Geral* porque a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originariamente construída¹¹.”

Portanto, é a *ratio decidendi* do precedente que poderá ser levado a outros casos concretos que se assemelhem à situação de onde surgiu o precedente, uma vez que ela é a norma geral, ela é o argumento jurídico encontrado na fundamentação do precedente que transpassa o caso julgado, e que nele não se limita.

Um problema é sobre como se identificar a *ratio decidendi* na fundamentação do precedente, uma vez que com ele não se confunde. Didier Jr. aponta que ela deve ser buscada “a partir da identificação dos fatos relevantes em que se assenta a causa e dos motivos jurídicos determinantes e que conduzem à conclusão¹².”

2.2.2 Princípios constitucionais à luz da teoria dos precedentes

a) Princípio da igualdade

Didier Jr¹³. esclarece que o art. 5º da Constituição Federal, quando diz que “todos são iguais perante a lei”, deve ser interpretado o termo “lei” como “norma jurídica”, no sentido de que todos são iguais não somente perante à lei escrita,

¹⁰ PIMENTEL, Fabiano Cavalcante. *O retrospective overruling in mellius como fundamento para a revisão criminal*. Tese de Doutorado apresentada na UFBA. Salvador: 2015, p. 92.

¹¹ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* – 10. Ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 442-443.

¹² DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* – 10. Ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 450.

¹³ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* – 10. Ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 468.

emanada do Poder Legislativo, mas sim perante qualquer norma jurídica, independentemente de qual seja ou de onde tenha sido emanada.

Além disso, lembra o autor que o princípio da igualdade alcança também o Poder Público ou, mais especificamente, a função jurisdicional, e aqui chama-se a atenção não só para o tratamento isonômico devido às partes, como também e, neste caso, mais importante, à igualdade perante às decisões judiciais¹⁴, ou seja, os casos iguais precisam ter tratamento jurídico idêntico; controvérsias essencialmente semelhantes precisam ter resultados iguais.

Dessa maneira, é incoerente e desigual que, diante de duas situações concretas semelhantes, seja utilizado o mesmo argumento de forma diferente, chegando-se à conclusões díspares nos dois casos. Conforme preceitua Pimentel¹⁵, a independência dos juízes não pode ser entendida como o direito de tratar de modo diferente pessoas que se encontram numa mesma situação jurídica.

Contudo, adverte Didier Jr., a situação inversa também precisa ser levada em consideração, uma vez que é também violador do princípio da igualdade o comportamento do órgão jurisdicional que simplesmente aplica um precedente de forma imprudente, sem observar que as circunstâncias concretas não permitiriam a sua aplicação, tratando como iguais situações substancialmente distintas, posto que o princípio abrange também o direito de ser tratado de forma diferente quando a situação demonstrar ser diferente da do caso anterior, a qual se pretende comparar para efeitos de aplicação de precedente¹⁶.

b) Princípio da segurança jurídica

O art. 5º, XXXVI da Constituição Federal dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Busca-se, dessa forma, uma estabilidade no ordenamento jurídico.

Contudo, para que isso aconteça, enfatiza Didier Jr.¹⁷, é necessário respeitar não só as situações passadas consolidadas, mas também as legítimas expectativas

¹⁴ *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 468.

¹⁵ *O retrospective overruling in mellius como fundamento para a revisão criminal*, p. 92.

¹⁶ *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 469.

¹⁷ *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 469-470.

surgidas e as condutas adotadas a partir de um comportamento presente. O que se quer dizer é que o indivíduo, ao observar as decisões das questões postas à análise do Poder Judiciário, tende a pautar a sua conduta de vida presente com base nessas regras formuladas, criando-se, dessa forma, expectativas legítimas de como deve se comportar.

Nas palavras do autor, “o respeito aos precedentes garante ao jurisdicionado a segurança de que a conduta por ele adotada com base na jurisprudência já consolidada não será juridicamente qualificada de modo distinto do que se vem fazendo; a uniformidade da jurisprudência garante ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta presente, na medida em que resolve as divergências existentes acerca da tese jurídica aplicável a situações de fatos semelhantes¹⁸.”

Destarte, lembra ele que o princípio da segurança jurídica traz consigo ainda o dever de uniformização da jurisprudência pelos tribunais superiores, como acima explicado, evitando-se, dessa forma, a propagação de teses jurídicas díspares acerca de situações de fato semelhantes¹⁹.

2.3 A importância da fundamentação (motivação) das decisões judiciais no sistema de precedentes

Inicialmente, a Constituição Federal, em seu art. 93, IX, diz que todas as decisões judiciais deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Ao se levar isso ao sistema de precedentes, isso ganha uma nova significância, uma vez que é justamente na motivação que se encontra o precedente, dependendo, portanto, todo o sistema de uma fundamentação primorosa da decisão judicial.

Como adverte Didier Jr., “é preciso – e exigível – que a decisão judicial identifique exatamente as questões de fato que se reputaram como essenciais ao deslinde da causa e delineie, também, de forma explícita, a tese jurídica adotada para a sua análise e para se chegar à conclusão exposta na parte dispositiva. É também preciso – e, igualmente, exigível – que, ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência da sua aplicação, ou não,

¹⁸ *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 470.

¹⁹ *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 470.

ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada, ou não, para o caso em julgamento²⁰.”

Assim, não basta uma mera menção vaga e automática da lei ou de outras normas, como o precedente, para a fundamentação da decisão ser considerada legítima. É preciso que o magistrado, mesmo ao aplicar um precedente, disponha sobre o caso concreto, explicando a necessidade de sua aplicação ou não, sempre em associação com a situação disposta concretamente.

Lembra, ainda, Fabiano Pimentel, da função extraprocessual da fundamentação da decisão, uma vez que, dentro do sistema de precedentes, cria uma norma jurídica que poderá ser utilizada em outros casos. Diz ele ser “necessário que a prolação de uma dada decisão seja fundamentada com cautela, pois, além de julgar sobre determinado caso concreto, corrobora indiretamente para a fixação do princípio jurídico assentado na motivação, do qual poderá ser extraída uma norma geral que servirá como precedente para futuros casos análogos. (...) há também um aspecto extraprocessual, considerando que a fundamentação da decisão judicial servirá de alicerce para a elaboração da norma jurídica que se extrairá daquele precedente²¹.”

Aqui, importante a referência à *ratio decidendi*, posto que, como já dito, encontra-se na motivação da decisão judicial, pelo que é imprescindível que se tenha uma fundamentação de qualidade. Como bem adverte Didier Jr., “é preciso que o órgão jurisdicional, máxime os tribunais superiores, tenha bastante cuidado na elaboração da fundamentação dos seus julgados, com rigorosa observância do art. 489, §§1º e 2º, CPC, pois, a prevalecer determinada *ratio decidendi*, será possível extrair, a partir dali, uma regra geral a ser observada em outras situações²².”

Por fim, vale ainda lembrar que o dever de fundamentação, à luz do sistema de precedentes (porém não só), serve também ao princípio da igualdade, uma vez que, ao se delinear os motivos de aplicação ou não de determinado precedente, evita-se a possibilidade de que casos semelhantes recebam tratamento díspar²³.

²⁰ *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 471.

²¹ PIMENTEL, Fabiano Cavalcante. *O retrospective overruling in mellius como fundamento para a revisão criminal*. Tese de Doutorado apresentada na UFBA. Salvador: 2015, p. 102-103.

²² *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 447.

²³ PIMENTEL, Fabiano Cavalcante. *O retrospective overruling in mellius como fundamento para a revisão criminal*. Tese de Doutorado apresentada na UFBA. Salvador: 2015, p. 92.

3 A PRISÃO PREVENTIVA NA DOUTRINA

3.1 Introdução

Uma das maiores inovações das reformas trazidas pela Lei nº 12.403/11 foi a adoção do modelo polimorfo da cautelaridade, em contraposição ao modelo binário existente anteriormente; se antes o juiz só possuía duas opções, ou restituir a liberdade ao réu ou decretar a sua prisão processual, agora o Código oferece uma diversa e gradual gama de medidas cautelares, com o fim de se adequar proporcionalmente à realidade do caso concreto²⁴.

Passam a existir várias medidas cautelares, não apenas privativas da liberdade, mas também restritivas de direitos (art. 319). Assim, a prisão processual, na escala de gravidade, passa a ser a última opção, reservada apenas para situações muito graves ou nas quais as medidas anteriores se mostrarem ineficazes. A prisão processual passa a ser medida cautelar subsidiária, a depender da inadequação ou ineficiência das demais medidas para tutelar os bens jurídicos do processo²⁵.

O presente trabalho tem por objeto a prisão preventiva, mais especificamente, a jurisprudência do STF sobre a prisão preventiva. Contudo, todas as medidas cautelares possuem diretrizes e princípios comuns. Tratando-se, portanto, de uma subespécie de medida cautelar, para melhor compreensão da matéria, antes de adentrar às suas peculiaridades, é necessário esclarecimento acerca das diretrizes gerais das medidas cautelares pessoais, que passarão a ser analisadas agora.

3.2 Princípios das medidas cautelares

3.2.1 O princípio da presunção de inocência

“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Assim dita o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal do Brasil. O princípio da presunção de inocência é um princípio norteador de todo o

²⁴ “Mas, o que realmente importa é que ela, Lei nº 12.403/11, põe fim à dualidade (aquilo relativo à apenas dois) de tratamento das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. Antes dela, ao juiz restariam apenas as seguintes alternativas: ou restituía a liberdade, exigindo do investigado/réu o comparecimento obrigatório a todos os atos do processo, ou decretava a prisão preventiva ou mantinha o flagrante. (...)” (PACELLI, Eugênio. *Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11* – São Paulo: Atlas, 2013, p. 17).

²⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais* – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p 26.

processo penal, ganhando traços ainda mais relevantes ao se tratar de medidas cautelares²⁶.

Para grande parte da doutrina, no Brasil, bem como para o STF²⁷, a presunção de inocência implica em um dever de tratamento para com o réu, que quer dizer, basicamente, que este deverá ser tratado como inocente durante todo o curso do processo, até a decisão final que o julgue culpado.

Aury Lopes Jr. desmembra o dever de tratamento em duas dimensões, uma interna (ao processo) e outra externa²⁸. A dimensão externa seria a de proteção da imagem e privacidade do réu contra a publicidade abusiva e a espetacularização midiática sobre o caso, tão comum hoje em dia no processo penal. Já a interna refere-se ao ônus da prova, que deve ser todo da acusação (posto que, até então, o réu é inocente) e ao fato de que a dúvida deve levar à sua absolvição, pelo mesmo motivo. Intuitivamente, para efeitos de estudo das medidas cautelares, é justamente a dimensão interna a que mais interessa, devendo nortear a aplicação e os limites das medidas cautelares.

Surge, aqui, desde já, um impasse. Como conciliar a aplicação de medidas restritivas de direitos (podendo alcançar, até mesmo, o bem mais precioso do sujeito, a sua liberdade), antes do trânsito em julgado do processo, uma vez que até então a pessoa deve ser considerada inocente?

É preciso lembrar que a presunção de inocência, assim como todo princípio, não é absoluta, como adverte Andrey Borges de Mendonça: “Realmente, embora a presunção de inocência seja um princípio constitucional, não pode ser interpretada de maneira absoluta. Há outros bens jurídicos que merecem tutela, também de igual estatura e importância, como a garantia da segurança da sociedade (que poderia ser ameaçada ou violada caso o réu ficasse em liberdade cometendo crimes), a busca da

²⁶ “[...] Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, visto que decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro.” (LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 19).

²⁷ Decisão exemplificativa: “O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário.” (STF, HC 93.883, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 26.08.2008, Segunda Turma, DJe de 27.03.2009).

²⁸ LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 20.

verdade real (que poderia ser atingida com a ameaça às testemunhas ou destruição da prova), a eficácia e eficiência da própria persecução penal (que poderia ser prejudicada com a fuga do réu), todos decorrentes, direta ou indiretamente, do texto constitucional²⁹.”

Adverte, ainda, Andrey Borges de Mendonça, que, no caso da prisão processual, a mesma somente não violará o princípio da presunção de inocência e será legítima caso tenha finalidade cautelar, nunca podendo se prestar à antecipação de pena³⁰.

3.2.2 Princípio da proporcionalidade

Seguindo o raciocínio apresentado anteriormente, o princípio da proporcionalidade é de fundamental importância no equilíbrio entre a proteção da presunção de inocência e o direito à liberdade e a efetividade da persecução criminal.

Tratando-se de prisão processual, a proporcionalidade é ainda mais importante, como leciona Aury Lopes Jr.: “Em matéria de prisões cautelares, a proporcionalidade é muito útil, desde que vista como instrumento de proibição de excesso de intervenção, para evitar a banalização do exercício do poder (banalização da prisão cautelar) e limitar a prisão cautelar aos casos excepcionais, em que seja realmente necessária, adequada e idônea para o atingimento de seus fins³¹.”

Segundo Andrey Borges de Mendonça, a proporcionalidade possui dois âmbitos, um negativo e um positivo, também chamado de vedação da proteção deficiente³². Muito embora se fale muito de seu âmbito negativo, cada vez mais abre-se espaço para a discussão de seu aspecto positivo, que seria o de resguardar o processo de uma atuação deficiente, que impeça o alcance de sua finalidade. Dessa forma, ao aplicar uma medida cautelar, por exemplo, o juiz deve atentar-se para a sua

²⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais* – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 35.

³⁰ “Nesse sentido, a prisão processual deve ter finalidade completamente diversa da prisão-pena. Enquanto esta visa prevenir (prevenção geral e especial) e reprimir o delito, a prisão processual tem por escopo proteger e tutelar os fins do processo penal – e não os fins da pena. [...]” (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais* – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 36).

³¹ LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 46.

³² MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais* – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 40.

eficácia, buscando sempre estabelecer uma medida que esteja apta a atingir o objetivo esperado.

O âmbito negativo, por sua vez, seria responsável por impedir excessos cometidos pelo Estado na aplicação das medidas cautelares. Aqui, por sua vez, a proporcionalidade se subdivide em proporcionalidade-adequação, proporcionalidade-necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que devem ser apreciadas na exata ordem em que foram apresentadas³³.

A adequação encontra-se prevista no art. 282, inciso II do CPP: “*Adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado*”. O juiz deve, portanto, ao aplicar uma medida cautelar, analisar o caso concreto e procurar dentre elas a mais adequada, ou seja, aquela capaz de alcançar a finalidade esperada.

Também como consequência da proporcionalidade-adequação, o §1º do art. 282 do CPP permite a aplicação cumulativa de medidas cautelares pelo juiz, na hipótese de achar pertinente ao caso concreto, com o fim de resguardar os valores tratados no inciso I do mesmo artigo.

A proporcionalidade-necessidade, por sua vez, preconiza que, dentre as medidas adequadas, deve-se procurar aquela menos gravosa ao réu. Nas palavras de Andrey Borges de Mendonça, “Deve-se, comparando as medidas igualmente adequadas para atingir o fim visado, verificar aquela que restringirá menos os direitos fundamentais do réu³⁴.”

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito “significa que a medida cautelar deve ser proporcional à pena que será provavelmente aplicada ao final do processo. Em outras palavras, impossível que a medida cautelar seja mais gravosa e aplique ao réu um malefício maior que a própria pena aplicável ao final do processo³⁵”.

Deve-se a isso, por exemplo, o disposto no §1º do art. 283, vejamos: “*As medidas cautelares previstas neste título não se aplicam à infração a que não for*

³³ “Primeiro a medida deve ser adequada, em vista das finalidades buscadas. Caso preenchido tal requisito, parte-se para a análise do princípio da necessidade. Por fim, preenchidos os dois anteriores, deve-se analisar o subprincípio ou vertente da proporcionalidade em sentido estrito”. (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais* – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 40.)

³⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais* – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 44.

³⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais* – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 52-53.

isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade”. Dessa forma, impede-se que seja submetida medida cautelar mais gravosa que a pena que será aplicada ao final do processo, o que subverteria o caráter de acessoriedade e instrumentalidade da medida cautelar.

3.2.3 Princípio da jurisdicionalidade

Dispõe o art. 5º, LXI da Constituição: “*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.*”

Desta forma, com exceção de prisão em flagrante (quando o juiz deverá ser comunicado) e dos casos militares definidos pela Constituição, somente a autoridade judiciária poderá determinar a prisão de alguém, de forma escrita e fundamentada (princípio da motivação).

Vale ressaltar que, embora a Constituição trate somente da prisão, o mesmo vale para as medidas cautelares, como dispõe o art. 282, §2º do CPP, em sua primeira parte: “*as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz (...)*”.

3.2.4 Princípio da motivação da decisão

A Constituição, no mesmo artigo que rege a jurisdicionalidade, diz que a ordem escrita deverá ser também *fundamentada*. No mesmo sentido, o art. 315 do CPP: “*a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada*”.

Afirma Andrey Borges de Mendonça: “Pode-se indicar uma dúplice finalidade da fundamentação das decisões judiciais: permitir o controle do ato – pelo interessado, inclusive mediante recurso, ou por qualquer do povo – e, ainda, buscar o convencimento da justiça da decisão³⁶.”

Vale ressaltar que a mera reprodução do texto legal não é considerada como fundamentação, sendo necessária a explicitação de elementos concretos que se

³⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais* – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 70.

relacionem com as disposições legais, não podendo ser baseada em subjetivismos e abstracionismos do magistrado³⁷.

A motivação ainda possui papel fundamental na teoria dos precedentes e na formação de jurisprudência, como explicitado no Capítulo 2 deste trabalho.

3.2.5 Princípio do Contraditório

Prega o §3º do art. 282 do CPP: “*Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.*”

Desta forma, sempre que possível, a defesa deve ser intimada para que tome ciência e contradite a decisão de aplicação de medida cautelar. A finalidade é assegurar que a parte contrária tenha oportunidade de trazer elementos que possam contraditar os fundamentos da medida cautelar, permitindo ao magistrado tomar uma decisão mais consistente³⁸.

Ressalta Aury Lopes Jr. que, “considerando a consagração da audiência de custódia, o contraditório previsto no art. 282 passa a ter seu campo de incidência nos casos em que é pedida a substituição, cumulação ou mesmo revogação da medida e decretação da preventiva³⁹.”

Portanto, não somente na decretação da medida, mas, também, havendo qualquer tipo de modificação no seu estado, é necessário que se dê a chance ao imputado de exercer o seu contraditório sobre aquela decisão.

3.2.6 Princípio da provisionalidade

Nas palavras de Aury Lopes Jr.⁴⁰, “Nas prisões cautelares, a provisionalidade é um princípio básico, pois são elas, acima de tudo, situacionais, na medida em que

³⁷ Nesse sentido: “Segundo a jurisprudência do STF, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP, mas é indispensável a indicação de elementos concretos que demonstrem a necessidade da segregação preventiva. Precedentes. A prisão preventiva é medida excepcional que demanda a explicitação de fundamentos consistentes e individualizados com relação a cada um dos cidadãos investigados.” (STF, HC 91.386, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 19.02.2008, Segunda Turma, DJe de 16.05.2008).

³⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais* – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 77.

³⁹ LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 33.

⁴⁰ LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 35.

tutelam uma situação fática. Uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão. O desaparecimento de qualquer uma das ‘fumaças’ impõe a imediata soltura do imputado, uma vez que é exigida a presença concomitantemente de ambas (requisito e fundamento) para manutenção da prisão.”

Neste caso, não está se falando, propriamente, da duração da medida cautelar, mas sim da necessidade de existência de seus requisitos para a sua manutenção.

Noutro giro, é necessário atentar-se ao “princípio da atualidade do perigo⁴¹”, ou seja, o *periculum libertatis* precisa ser atual, presente, nem futuro e nem passado. Para que a medida cautelar seja legítima, ela precisa estar lidando com uma situação fática corrente, posto que “situacional”. O princípio está consagrado no art. 282, §§4º e 5º do CPP:

Art. 282. (...)

(...)

§4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou 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 (art. 312, parágrafo único).

§5º O juiz poderá 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.

3.2.7 Princípio da provisoriedade

Seguindo a lógica da instrumentalidade das medidas cautelares, estas não podem durar indefinidamente, mas somente o tempo necessário ao fim a que se foi proposto e, mesmo assim, durante um prazo razoável. O princípio é corolário do princípio da duração razoável do processo, assegurado no inciso LXXVIII da CF.

O princípio, no Brasil, contudo, não encontra guarida necessária na legislação, posto que, enquanto a prisão temporária possui prazo máximo de duração definido na Lei n. 7.960/89, a prisão preventiva segue sem nenhum tipo de limitação temporal⁴²,

⁴¹ LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 35.

⁴² “Aqui reside um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação. Reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada

causando situações esdrúxulas, como a do próprio caso do goleiro Bruno, tendo sido este um dos principais argumentos para a revogação da sua prisão preventiva em fevereiro de 2017 pelo Min. Marco Aurélio⁴³.

3.2.8 Princípio da excepcionalidade

Embora no Brasil haja, infelizmente, uma subversão deste princípio⁴⁴, a ideia é a de que a liberdade seja sempre a regra; a prisão, a exceção. No caso das medidas cautelares, o princípio dita que a prisão preventiva seja sempre utilizada em *ultima ratio*, somente quando nenhuma outra medida cautelar for suficiente, conforme o §6º do art. 282 do CPP: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).”

Há, contudo, no Brasil, um total desvirtuamento da prisão cautelar, como explicita Aury Lopes Jr.: “No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Além do mais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, e somente após prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. (...) infelizmente, as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento

essa questão. Excetuando-se a prisão temporária, cujo o prazo máximo de duração está previsto em lei, a prisão preventiva segue sendo absolutamente indeterminada, podendo durar enquanto o juiz ou o tribunal entender existir o *periculum libertatis*.” (LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 37).

⁴³ “A esta altura, sem culpa formada, o paciente está preso há 6 anos e 7 meses. Nada, absolutamente nada, justifica tal fato. A complexidade do processo pode conduzir ao atraso na apreciação da apelação, mas jamais à projeção, no tempo, de custódia que se tem com a natureza de provisória.” (Trecho da decisão monocrática do Min. Marco Aurélio Mello, STF, Medida Cautelar no HC 139.612/MG, DJE nº 38, divulgado em 24/02/2017).

⁴⁴ Último levantamento feito pelo CNJ, em janeiro de 2017, demonstra que 34% dos presos no Brasil são provisórios. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>, acesso em 01/02/2018.

de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares⁴⁵.”

3.3 Aspectos da prisão preventiva

3.3.1 Momento e legitimidade para requerer prisão preventiva

A prisão preventiva pode, basicamente, ser decretada em qualquer momento do processo, inclusive após a sentença penal condenatória recorrível ou ainda na fase recursal, desde que necessária e devidamente fundamentada. Contudo, não só durante o processo, como também ainda na fase de investigação preliminar, seguindo-se os mesmos critérios de necessidade e fundamentação.

A legitimidade para requerer a decretação da prisão preventiva, por sua vez, encontra-se no art. 311 do CPP, sendo os legítimos o Ministério Público, o querelante ou o assistente, ou ainda por representação da autoridade policial.

Controvertida é, contudo, a possibilidade que dá o dispositivo de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício, ao dizer que também cabe ao juiz essa função, desde que “no curso da ação penal”. Aury Lopes Jr.⁴⁶ considera totalmente ilegal, um verdadeiro ranço do período inquisitorial, uma vez que estimula o ativismo judicial, comprometendo a imparcialidade que o juiz deve ter ao julgar o processo.

Eugênio Pacelli, por sua vez, não vê problema na situação, encarando como verdadeira necessidade para a proteção do processo, desde que ocorra, é claro, no seu curso: “No entanto, quando já tiver sido instaurada a ação penal, o Juiz Criminal deve dispor de instrumentais necessários à garantia da efetividade do processo, sobretudo porque o interesse jurídico posto ali não é, nem se assemelha, a um interesse de parte (...) no curso da ação penal, será possível a decretação *ex officio* da prisão preventiva, já que, uma vez em curso a atividade jurisdicional, pode e deve o juiz velar pelo seu desenvolvimento regular e finalístico⁴⁷.”

⁴⁵ LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 43-44.

⁴⁶ LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 92.

⁴⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal* – 18. ed. rev. e ampl. atual. De acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 569-570.

3.3.2 Requisitos da prisão preventiva

Somente é possível a decretação da prisão preventiva caso esteja presente o *fumus comissi delicti*, ou a “fumaça da existência do crime”, que consiste, como explicitado no final do art. 312 do CPP, na “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. Destrinchemos, agora, o significado destes conceitos.

Antes de tudo, como bem sugere a expressão “fumaça”, ao se falar em *fumus comissi delicti* não se pensa na certeza da existência do crime, mas em um juízo de probabilidade razoável, que difere da mera possibilidade⁴⁸.

Divergindo da maior parte da doutrina, Aury Lopes Jr. acredita que, além da verossimilhança da tipicidade do fato, é necessário que a conduta demonstre ser ilícita e culpável, ou seja, é preciso que não estejam presentes causas de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade, pois isso afastaria a própria probabilidade da existência do crime. A conduta precisaria ser aparentemente típica, ilícita e culpável⁴⁹.

Andrey Borges de Mendonça, contudo, ao analisar o texto do código, acredita que ao menos a materialidade do crime deve estar provada, enquanto a autoria deve ser ao menos provável⁵⁰.

O segundo requisito é o *periculum in libertatis*, que é o perigo que o sujeito representa, solto, ao processo. Esse perigo não é um perigo abstrato, suposto, é necessário que haja provas reais e fáticas da sua existência. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida⁵¹.

Lembra, ainda, Aury Lopes Jr., que para a configuração do *periculum libertatis*, é necessário que este seja “atual, presente, não passado e tampouco futuro e incerto. A ‘atualidade do perigo’ é elemento fundante da natureza cautelar. Prisão preventiva

⁴⁸ “Para a decretação de uma prisão preventiva (ou qualquer outra prisão cautelar), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não o pode ser para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado”. (LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 95).

⁴⁹ LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 97.

⁵⁰ Em relação à materialidade, portanto, necessário que exista a comprovação da ocorrência de um delito, seja através do exame de corpo de delito (nos delitos que deixam vestígios) ou por meio de outras provas (nos demais delitos ou quando desaparecidos os vestígios, nos crimes que deixam). (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais* – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 230).

⁵¹ LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 101.

é 'situacional' (provisional), ou seja, tutela uma situação fática presente, um risco atual⁵².”

O *periculum libertatis* se configura quando presente um dos fundamentos previstos no art. 312 do CPP, quais sejam, a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Tais fundamentos serão estudados a seguir, apartadamente.

3.3.3 Fundamentos da prisão preventiva (art. 312)

a) garantia da ordem pública

É o mais vago e aberto de todos os fundamentos, sofrendo críticas por toda a doutrina, além de ser o mais utilizado para o cometimento de abusos por parte dos magistrados. Garantia da ordem pública é, nas palavras de Andrey Borges de Mendonça, “segurança e tranquilidade da sociedade⁵³”.

Aury Lopes Jr. defende que a prisão preventiva para garantia da ordem pública é inconstitucional, uma vez que a medida cautelar tem por função assegurar a eficácia do processo principal, ou seja, ela é um instrumento do processo definitivo. Se o fundamento é a segurança e a tranquilidade pública, portanto, ela perde a sua função cautelar, ela não está a favor do processo e é, dessa forma, ilegítima⁵⁴.

Além disso, o conceito é vago e indeterminado, sendo possível preenche-lo semanticamente com qualquer justificativa. Um deles é o “clamor público”, bastante questionado por Odone Sanguiné. Segundo ele, o fundamento é utilizado com função de “prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir⁵⁵.” Dessa forma, dá-se à medida cautelar a função de pena, uma pena antecipada, posto que o processo sequer transitou em julgado.

⁵² LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 102.

⁵³ *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*, p. 262

⁵⁴ Fica evidenciado, assim, que as medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça”, mas sim a garantir o normal funcionamento da justiça por meio do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado.” (*Prisões cautelares*, p. 115).

⁵⁵ SANGUINÉ, Odone. *A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva*. Revista de Estudos Criminais, n. 10, p. 114

Andrey Borges de Mendonça, contudo, discorda da inconstitucionalidade da prisão preventiva por ordem pública por desvirtualização de sua função, vejamos: “Quando se fala da prisão processual para garantia da ordem pública, busca-se uma prevenção concreta, ou seja, que se refere a um fato delitivo concreto (...) Conclui-se, portanto, que a prisão preventiva para fins de garantia da ordem pública não possui finalidade de prevenção geral ou especial, mas sim de prevenção concreta, com o intuito de evitar que a sociedade sofra um dano concreto e iminente em seus bens jurídicos relevantes. Ao assim fazê-lo, o processo penal está buscando um de seus fins, que é a proteção da sociedade, contra ameaças concretas, concretizando um dos escopos da própria função jurisdicional (escopo social)⁵⁶.”

No mesmo sentido, Pacelli⁵⁷ também defende a legitimidade do argumento da garantia da ordem pública, embora reconheça a sua função extraprocessual: “Embora a prisão preventiva para garantia da ordem pública não se preste à cautela da efetividade do processo condenatório (relação *horizontal* de cautelaridade – intraprocessual), não se pode negar sua função acautelatória dos interesses públicos que nele estão em jogo, ainda que indiretamente (relação *vertical* de cautelaridade – extraprocessual). Daí por que entendemos legítima a previsão de cabimento da custódia preventiva em garantia à *ordem pública* como medida cautelar hábil a impedir a reiteração criminosa (...)”.

Outro argumento utilizado é o de proteger a credibilidade das instituições. Como adverte Aury Lopes Jr., “é preocupante – sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas – que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas. Quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um também grave retrocesso para o estado policialesco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado⁵⁸.” Aqui, mais uma vez, a prisão é utilizada para motivos extraprocessuais, e ainda assim de questionável efetividade.

Mais um argumento utilizado para preencher o sentido de “ordem pública” é o risco de reiteração de delitos. Novamente, a função não é a de auxiliar o processo, mas a de polícia. Esse argumento é flagrantemente inconstitucional, ferindo

⁵⁶ *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*, p. 267.

⁵⁷ PACELLI, Eugênio. *Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11* – São Paulo: Atlas, 2013, p. 103.

⁵⁸ *Prisões cautelares*, p. 121.

diretamente o princípio da presunção de inocência sobre algo que sequer aconteceu, e que não há como saber se irá acontecer.

Contudo, boa parte da doutrina aceita o argumento⁵⁹. Aury Lopes Jr., por sua vez, embora critique, reconhece que o argumento é bastante utilizado no direito comparado, encarado como um mal necessário⁶⁰. Os Tribunais Superiores também vêm aceitando o argumento com relativa facilidade, podendo ser inferida a partir de alguns fatores do caso concreto, como gravidade concreta do delito, periculosidade concreta do agente, reincidência e antecedentes, forma reiterada de agir, personalidade voltada para o crime, *modus operandi*, grande quantidade de drogas apreendida, utilização de aparelho estatal para a prática do crime, etc.⁶¹

Outro argumento utilizado é o da prisão preventiva para garantia da ordem pública para resguardar a integridade física e psíquica do indiciado. Esse é, sem a menor sombra de dúvidas, um dos argumentos mais absurdos. O Estado não só declara, aqui, sua ineficiência em proteger o cidadão, o que não passa de o seu dever mais básico, como também há uma completa subversão dos direitos humanos, ao se pretender prender alguém, restringi-lo de sua liberdade, para a sua própria proteção. Neste caso, ao menos, a jurisprudência é no sentido da ilegalidade do argumento⁶².

b) garantia da ordem econômica

Assim como a prisão preventiva para garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica não é uma medida cautelar constitucionalmente compatível, pois não tem o fim de resguardar o resultado útil do processo, falta-lhe a sua acessoriedade processual, sua natureza cautelar. Segundo Aury Lopes Jr., a medida “pretende perseguir a especulação financeira, as transações fraudulentas, e coisas do gênero⁶³”.

⁵⁹ “De outro giro, lembre-se que a prisão preventiva para evitar a reiteração criminosa é prevista em praticamente todo o mundo, sendo vista como um mal necessário. Realmente, negar a possibilidade de decretação da prisão preventiva em tais hipóteses seria negar à sociedade proteção em situações extremamente gravosas, de risco aos seus bens jurídicos mais relevantes” (*Prisão e outras medidas cautelares pessoais*, p. 267).

⁶⁰ “Feita a análise crítica, não se desconhece que – em situações (efetivamente) excepcionais – a prisão cautelar sob o argumento do “risco de reiteração” é admitida no direito comparado. Até por honestidade acadêmica, não podemos subtrair tal informação do leitor” (*Prisões cautelares*, p. 123).

⁶¹ *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*, p. 264-265.

⁶² STF, HC 100.863, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 04.12.2009, DJe de 05.02.2010.

⁶³ *Prisões cautelares*, p. 120.

Eugênio Pacelli questiona a efetividade da medida para os fins a que se propõe: “A magnitude da lesão provocada por infrações contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86) certamente não tem na prisão preventiva o melhor meio de acautelamento da ordem econômica. Sem sombra de dúvidas, muito mais eficazes para esse fim mostram-se medidas como o *sequestro* e a *indisponibilidade de bens*⁶⁴”.

Vale ainda assinalar que a garantia da ordem econômica, segundo entendimento do próprio STF, não pode, sozinha, justificar a decretação da prisão preventiva, independentemente da magnitude da lesão⁶⁵.

c) conveniência da instrução criminal

Diferentemente dos dois fundamentos analisados anteriormente, este, sim, tem natureza genuinamente cautelar, posto que se destina a proteger o andamento do processo, tendo, portanto, função endoprocessual. Contudo, o termo “conveniência” sofre bastante crítica, por ser muito aberto⁶⁶.

Este fundamento serve para proteger o processo do réu, e é bastante invocado quando há o risco de que ele contamine provas, ameace ou suborne testemunhas, juiz, promotor, partes do processo ou obstrua o andamento do processo de alguma forma. Em suma, a medida se presta a impedir que o réu, de alguma forma, atrapalhe o curso regular do processo. Dessa forma, o fundamento deve ser invocado por necessidade, e não por conveniência, como disposto na redação do dispositivo.

Importa ainda dizer que não é possível se utilizar do fundamento com a justificativa de que o indiciado não está colaborando com o andamento do processo, pois isso feriria o princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou o direito de não produzir prova contra si mesmo, como leciona Andrey Borges de Mendonça: “não se pode decretar a prisão preventiva para que seja realizado o interrogatório do investigado/acusado. Se atualmente se entende que o interrogatório é meio de defesa (autodefesa), não se pode admitir que venha a ser detido para o exercício de um direito. Ocorreria, mais uma vez, a inversão dos direitos fundamentais, visto que

⁶⁴ PACELLI, Eugênio. *Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11* – São Paulo: Atlas, 2013, p. 101.

⁶⁵ HC 99.210, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 01.12.2009, DJe 096, divulgado em 27.05.2010, publicado em 28.05.2010, p. 1.031.

⁶⁶ “(...) ‘conveniência’ é um termo aberto e relacionado com ampla discricionariedade, incompatível com o instituto da prisão preventiva, pautada pela excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, sendo, portanto, um último instrumento a ser utilizado”. (*Prisões cautelares*, p. 100).

estariam utilizando as garantias do acusado em seu detrimento, invertendo a própria lógica do sistema de proteção dos direitos fundamentais⁶⁷”. O mesmo vale para qualquer outro tipo de prova que o indiciado se recuse a produzir, uma vez que se encontra em seu direito. O que o indiciado não pode fazer é obstruir o andamento do processo, contudo não tem obrigação de colaborar ativamente, a seu próprio malefício.

Por fim, Eugênio Pacelli defende a ideia de que o juiz, em sede de análise do auto de prisão em flagrante, não pode decretar a prisão preventiva *ex officio* tendo como fundamento unicamente a conveniência da instrução criminal, uma vez que, no sistema acusatório, “é vedado ao juiz exercer função ativa em preservação à investigação e seu curso, mesmo porque já há duas instituições as quais a Constituição incumbiu dessa missão: a Polícia Judiciária – quanto aos meios – e o Ministério Público – quanto aos fins, eis que destinatário do inquérito⁶⁸”.

d) garantia de aplicação da lei penal

Assim como o fundamento anterior, este também possui caráter instrumental, cautelar, procurando auxiliar o processo a alcançar sua eficácia. Em última análise, o fundamento se propõe a impedir que o réu fuja e, com isso, frustre a aplicação da pena ao fim do processo.

A jurisprudência tem aceitado a prisão preventiva baseada nesse fundamento em diversas situações, porém é importante que o risco de fuga esteja baseado em circunstâncias concretas, como leciona Andrey Borges de Mendonça: “não são suficientes, para decretar a prisão preventiva, meras elucubrações, conjecturas ou medos do magistrado, não refletidos em fatos ou indícios concretos. Tampouco podem ser admitidos dados abstratos e não palpáveis⁶⁹.”

Adverte, ainda, Eugênio Pacelli que o mero poderio econômico do indiciado não é motivo idôneo a justificar a prisão preventiva para garantia de aplicação da lei penal: “a fuga não pode ser tomada como consequência lógica e necessária da

⁶⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais* – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 277.

⁶⁸ PACELLI, Eugênio. *Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11* – São Paulo: Atlas, 2013, p. 104.

⁶⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais* – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 283.

riqueza, mas, de outro lado, pode justificar a adoção de outras medidas acautelatórias para a garantia da aplicação da lei penal⁷⁰.” Dessa forma, embora a prisão preventiva não seja proporcional nesses casos, outras medidas menos gravosas podem ser tomadas, como o congelamento de patrimônios do imputado (ex.: um jato privado que facilite a sua fuga), o bloqueio de suas contas, etc. Certo é que, inviabilizando-o financeiramente, dificilmente terá chances concretas de fuga.

3.3.4 Condições de admissibilidade da prisão preventiva

O art. 313 do Código de Processo Penal traz as situações em que a prisão preventiva poderá ser decretada. Vejamos agora, uma a uma.

a) Inciso I: crime doloso com pena máxima superior a quatro anos

O inciso I trata da regra geral, que é a de que a crimes com pena cominada em abstrato igual ou inferior a quatro anos não é possível aplicar prisão preventiva. O inciso serve ao princípio da proporcionalidade, encontrando-se em harmonia com a Lei n. 9.714/1998, que prevê a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito para os crimes com pena cominada até quatro anos. Ora, se tais crimes, ao final do processo, poderão não render em pena privativa de liberdade ao réu, não é razoável ou proporcional que uma medida cautelar, anterior ao deslinde do processo, prive-o de sua liberdade.

Como o inciso fala em “crime”, excluem-se, também, as contravenções penais desde já. Da mesma forma, excluem-se os crimes culposos, uma vez que o inciso menciona expressamente crimes *dolosos*.

Outra preocupação é sobre a influência das qualificadoras, das causas de aumento e de diminuição e das circunstâncias agravantes e atenuantes no cabimento da prisão preventiva. Desde logo, uma vez que as circunstâncias agravantes e atenuantes não podem alterar o limite máximo e mínimo da pena, respectivamente, sua presença é irrelevante na consideração de aplicação da prisão preventiva.

As qualificadoras e privilégios, por sua vez, possuem lógica invertida, uma vez que podem, sim, alterar o limite máximo e mínimo da pena, motivo pelo qual devem

⁷⁰ PACELLI, Eugênio. *Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11* – São Paulo: Atlas, 2013, p. 106.

ser consideradas a fim de aplicação da prisão preventiva⁷¹. Na mesma lógica seguem as causas de aumento e de diminuição da pena, pois também alteram os limites da pena, e por esse motivo também devem ser analisadas, tanto as previstas na parte especial como na geral⁷².

A lei também deixou de regular a questão quando se tratar de concurso de crimes que, juntos, cominem abstratamente em pena máxima superior a quatro anos. Para Andrey Borges de Mendonça, “Embora haja lacuna, não temos dúvidas em asseverar que devem ser observadas as normas relativas ao concurso de crimes, seja somando-as (no concurso material) ou aplicando a majorante no máximo (no caso do crime continuado ou do concurso formal). Em outras palavras, se em razão da aplicação das regras do concurso de crimes resultar pena máxima superior a quatro anos, será plenamente cabível a decretação da prisão preventiva⁷³.”, seguindo a lógica de que, se ao fim do processo há a possibilidade de se impor pena privativa de liberdade, uma vez que as penas dos crimes em concurso serão cumuladas, durante o processo, portanto, a prisão deve ser possível. Além disso, o fato de haver concurso de crimes alteraria a gravidade, em abstrato, do delito.

b) Inciso II: reincidente em crime doloso

Conforme texto do inciso II do art. 313 do CPP, será admitida a decretação da prisão preventiva do réu “*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 inciso, portanto, é uma exceção ao próprio inciso I, no qual somente os crimes com pena privativa de liberdade cominada em abstrato superior a 4 anos podem ter prisão preventiva decretada. Aqui, independentemente da quantidade de

⁷¹ “Assim, embora para o furto simples não seja cabível a prisão preventiva (pena de um a quatro anos, nos termos do art. 155, *caput*, do CP), será plenamente possível a sua decretação no caso do furto qualificado, previsto no art. 155, §4º, cuja pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa” (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais* – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 238).

⁷² “Assim, por exemplo, embora ao furto simples não caiba prisão preventiva, em princípio, pois a pena máxima é de quatro anos (art. 155, *caput*, do CP), caso se trate de furto praticado durante o repouso noturno (art. 155§1º) haverá incidência de uma causa de aumento de pena de um terço, passando a ser o delito passível de prisão preventiva” (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais* – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 239).

⁷³ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais* – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 240.

pena, sendo o réu reincidente, poderá ser decretada a prisão (desde que haja previsão de pena privativa de liberdade, respeitando, assim, a proporcionalidade).

Conforme o art. 63 do Código Penal, “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. Contudo, como bem disposto no inciso II, não é qualquer reincidência, é a reincidência por ter cometido *outro* crime doloso. Ou seja, tanto o crime posterior quanto o anterior precisam ser dolosos⁷⁴.

Aury Lopes Jr. reforça, ainda, que não basta a reincidência para a decretação da prisão preventiva, ainda é necessário a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* do art. 312⁷⁵. Critica, ainda, a constitucionalidade da valoração da reincidência, chamando de flagrante *bis in idem*⁷⁶.

Por fim, é preciso lembrar do período depurador da reincidência, quando cessará os seus efeitos, que se configura quando ultrapassado mais de cinco anos entre a condenação transitada em julgado do crime anterior e a ocorrência do novo delito⁷⁷.

- c) Inciso III: se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência

Mais uma vez, assim como no inciso passado, há aqui uma exceção ao inciso I do artigo 313 do CPP, uma vez que não é necessário que o crime doloso tenha pena superior a quatro anos.

O inciso busca proteger aqueles que estão em situação de vulnerabilidade em coabitação doméstica, e a definição de violência doméstica e familiar contra a mulher (que deve se estender aos demais, por analogia) está prevista no art. 7º da Lei Maria

⁷⁴ “Isso quer dizer que se qualquer uma das duas infrações penais que estão sendo colocadas em confronto, a fim de aferir a reincidência, for de natureza culposa, mesmo sendo o réu considerado tecnicamente reincidente, isso não impedirá a substituição. Ou seja, exige a lei, como fator impeditivo da concessão da substituição, a reincidência dolosa, isto é, tanto a infração penal anterior como a posterior são de natureza dolosa.” (GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado* – 11. Ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 260-261).

⁷⁵ LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 107.

⁷⁶ LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 107.

⁷⁷ *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*, p. 245.

da Pena (Lei n. 11.340/06), sofrendo bastante crítica da doutrina por sua atecnia jurídica⁷⁸.

Embora o fim do artigo dê uma finalidade à prisão, qual seja, “para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”, podendo ser estas tanto as do art. 319 do CPP quanto as do art. 22 da Lei Maria da Pena, ou seja, seria uma prisão preventiva substitutiva de uma medida cautelar não cumprida, como afirma Andrey Borges de Mendonça, “nada impede que a prisão preventiva seja imposta de maneira originária ou autônoma. Em outras palavras, é possível a decretação da prisão preventiva, com base no art. 313, inc. III, em duas situações diversas: a) de maneira substitutiva, em caso de descumprimento de medida alternativa anteriormente imposta (art. 319) (...) b) de maneira originária ou autônoma, quando o juiz entender que a prisão é, desde logo, a única adequada para a situação concreta⁷⁹.” Dessa forma, não é necessário que o juiz aplique alguma medida cautelar do art. 319 anteriormente à decretação da prisão preventiva.

Finalmente, Aury Lopes Jr. lembra como, infelizmente, “a prisão preventiva nos casos de imputação de violência doméstica tem sido bastante banalizada, e decretada com espantosa facilidade, muitas vezes sem nenhum elemento probatório mais robusto ou mesmo análise de proporcionalidade. Não se trata de qualquer tipo de minimização da importância do bem jurídico tutelado, mas sim de responsabilidade e comedimento no uso de uma medida tão gravosa como é a prisão preventiva⁸⁰.”

d) Parágrafo único: quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la

Mais uma vez, outra exceção ao inciso I, não sendo necessário crime doloso com pena cominada em abstrato superior a quatro anos para a decretação da prisão preventiva. Nesse caso, porém, diferentemente de todas as outras hipóteses, alguns autores defendem que seria possível a decretação da prisão preventiva nos casos de

⁷⁸ “A definição de violência doméstica e familiar contra a mulher, prevista no art. 7º da lei, é de uma vagueza apavorante, com disposições genéricas, alternativas e ambíguas [...] Infelizmente, por mais nobre que fosse a intenção de tutelar a mulher que sofre violência doméstica, a disciplina legal é péssima, estabelecendo-se obstáculos sistêmicos insuperáveis para que se cogite da possibilidade de uma prisão preventiva só com base nesse inciso” (LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 108-109).

⁷⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais* – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 247.

⁸⁰ LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 109.

crime culposo⁸¹, desde que seja em situações excepcionais, somente para esclarecimento sobre a identificação do sujeito, uma vez que isso poderia atrapalhar o esclarecimento dos fatos e a formação do processo, devendo ser o preso solto logo em seguida.

Aury Lopes Jr., contudo, não reconhece a possibilidade: “(...) até por uma questão de proporcionalidade, pensamos ser necessária uma interpretação sistemática, à luz do inciso I do art. 313, para que se exija um crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos. Impensável decretar uma preventiva com base nesse parágrafo único em caso de crime culposo, por exemplo. Da mesma forma, como regra, incabível para crimes de menor gravidade, em que nem sequer a preventiva seria possível⁸².” Admite ele, contudo, a decretação da prisão preventiva, de forma excepcional, nos casos de prisão em flagrante por delito de estelionato, falsidade documental ou ideológica, pois são situações que geram dúvida sobre a identidade do sujeito.

O fundamento do parágrafo é tornar viável o processo penal e assegurar aplicação da pena, se for o caso, pois se não for possível identificar o sujeito, restaria inviável sequer a instauração do processo. Portanto, uma vez identificado, a consequência lógica e imediata é a sua liberação, assim como dispõe o fim do parágrafo: “*devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.*”

Destaca, ainda, Andrey Borges de Mendonça⁸³, que, em respeito ao princípio da proporcionalidade-necessidade, a prisão preventiva nestes casos somente deverá ser decretada se não houver forma menos gravosa de se identificar o sujeito, como, por exemplo, a mera condução coercitiva, e caso o sujeito apenas não esteja com os seus documentos em mãos, é preciso que a autoridade policial possibilite a ele que entre em contato com alguém de confiança para que os busque, ou pode o oficial acompanhá-lo até a sua casa para a recuperação dos documentos.

⁸¹ “Como a lei não faz distinção, em princípio é cabível a prisão preventiva na hipótese do art. 313, parágrafo único, tanto no caso de crime doloso quanto culposo” (*Prisão e outras medidas cautelares pessoais*, p. 250).

⁸² LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 110.

⁸³ *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*, p. 251-252.

3.3.5 Decretação ou manutenção da prisão preventiva por ocasião da sentença penal condenatória recorrível ou da decisão de pronúncia

O art. 387 do CPP dispõe sobre os deveres do juiz ao proferir a sentença penal condenatória, e em seu §1º estabelece: “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.”

Sendo assim, ao proferir a sentença, o juiz deve, fundamentadamente, analisar se é necessária a manutenção ou imposição de uma prisão preventiva ou outra medida cautelar.

Como bem denotado por Aury Lopes Jr.⁸⁴, a parte final do dispositivo desconecta o direito a recorrer do réu do poder de prender do Estado. Portanto, caso o réu fuja, não é possível não conhecer do recurso com o fundamento de que o réu tenha fugido, não tendo, dessa forma, recolhido-se à prisão para recorrer. O direito ao duplo grau de jurisdição e ao de recorrer em liberdade, embora próximos, não se confundem.

Questão relevante é saber se, após a sentença condenatória, o réu tem o direito de permanecer em liberdade. Conforme evidencia Aury Lopes Jr.⁸⁵, a resposta somente pode ser positiva, uma vez que não existe prisão obrigatória antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, devendo-se, dessa forma, respeitar o princípio da presunção de inocência a todo custo. A prisão preventiva só poderá ser decretada (ou mantida), caso o juiz consiga demonstrar, fundamentadamente, a existência do *periculum libertatis*, através de elementos probatórios concretos suficientes. Segundo ele, não se pode mais falar em *fumus comissi delicti*, uma vez que, a este ponto, se não existisse sequer a “fumaça” do crime não poderia haver sentença penal condenatória.

Em suma, “para decidir se o réu poderá recorrer em liberdade ou não, deve-se analisar a situação à luz do sistema cautelar e da real necessidade que a fundamenta (*periculum libertatis*) e legítima, decretando-se ou revogando-se a prisão preventiva, conforme o caso, bem como lançando mão das medidas cautelares diversas

⁸⁴ *Prisões cautelares*, p. 133.

⁸⁵ *Prisões cautelares*, p. 135.

adequadas, que poderão ser revogadas, aplicadas como substitutivas da prisão preventiva, de forma isolada ou cumulativa⁸⁶.”

3.4 Crítica às prisões cautelares

Feita as principais considerações sobre as prisões cautelares, importa dizer que uma corrente garantista minoritária da doutrina questiona a própria necessidade da prisão cautelar, afirmando ser possível resolver a questão de forma menos grave ao réu ou indiciado. Essa corrente acredita que as prisões cautelares foram impulsionadas pelo pensamento liberal clássico, que as enxergava como um mal necessário⁸⁷, e que podem hoje, muito bem, serem expurgadas do nosso sistema penal.

Desconstruindo o fundamento da “conveniência da ação penal”, que nada mais busca que tutelar a prova, a princípio se questiona a necessidade de prisão do acusado para colhimento de prova. Primeiro, porque o interrogatório, no sistema acusatório, é visto como direito de defesa, não havendo, portanto, interesse para a acusação. Nem mesmo a confissão possui o mesmo peso de outrora, como disposto no próprio CPP, servindo mais a favor do réu do que em seu prejuízo⁸⁸.

Uma alternativa, para Ferrajoli⁸⁹, seria deixar o sujeito sob a custódia do Estado, colocando-o à disposição dos tribunais pelo tempo necessário ao seu interrogatório e para a realização de produção antecipada de provas. Isso minimizaria significativamente o tempo em que o acusado teria suprimida a sua liberdade, ao passo que não seria necessário expô-lo à prisão cautelar. Como explica Aury Lopes Jr., “após ser ouvido e produzida essa prova, não há mais motivo para a segregação, até porque o suspeito não poderá – substancialmente – alterar mais nada. Mantê-lo preso representa apenas constrangimento e cerceamento de defesa, pois o detido

⁸⁶ *Prisões cautelares*, p. 137.

⁸⁷ “O pensamento liberal clássico convive(u) com as prisões cautelares a partir de um argumento básico, verdadeira tábua de salvação: a cruel necessidade de tais medidas. Invocando o superado argumento de que os fins justificam os meios, contenta-se em considerar o meio como um fenômeno natural, que não precisa ser justificado, mas apenas explicado e, quando muito, delimitado” (LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 125-126).

⁸⁸ *Prisões cautelares*, p. 126.

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2. Ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1997, p. 776-777.

tem suas possibilidades de defesa reduzidas ao extremo, até mesmo permitindo que a acusação e a vítima possam – esses sim – manipular a prova⁹⁰.”

Outro argumento desconstruído é o do medo do que o acusado pode fazer, solto, às vítimas, testemunhas, provas, ou qualquer outro comportamento que obstrua o processo. Nas sábias palavras de Aury Lopes Jr., “Incumbe ao Estado as funções de segurança pública da vítima, das testemunhas e de todos nós. O processo penal não é o instrumento adequado, sob pena de sepultarmos o Estado Democrático de Direito e todas as suas conquistas⁹¹.” Noutro giro, na maior parte dos casos não há prova concreta do *periculum libertatis*, sendo a prisão preventiva decretada com base em palpites e deduções por parte dos juízes.

A solução, muito mais razoável, dada por Aury Lopes Jr.⁹², encontra-se disposta no próprio CPP, no rol das medidas cautelares, como a proibição de acesso a determinados lugares, a proibição de manter contato com determinada pessoa, o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga e o monitoramento eletrônico. Todas essas medidas, apartadas ou combinadas, são muito menos gravosas ao réu e são eficazes contra o problema, sem precisar expor o acusado a uma prisão prematura, muitas vezes ilegal e, talvez, injusta, posto que inocente (até então).

Com relação ao fundamento de garantia da aplicação penal, como leciona Aury Lopes Jr.⁹³, a presunção de fuga, por si só, é inconstitucional, uma vez que viola o princípio da presunção de inocência. Diz, ainda, que é comum presumirem que quanto maior a gravidade do crime, maior a probabilidade de fugir o acusado, pela sua pena elevada. Utilizam-se da gravidade do crime, por si só, para fundamentar uma prisão preventiva, sem demonstração de efetiva necessidade da prisão. Aponta ele que “qualquer que seja a situação, é imperativo que existam elementos concretos para justificar uma decisão de qualidade, um primor, de singular e extraordinária fundamentação.”

Segundo Aury Lopes Jr.⁹⁴, uma alternativa seria, primeiro, utilizar-se das medidas cautelares dispostas no inciso I, IV, V e IX do CPP (comparecimento

⁹⁰ *Prisões cautelares*, p. 126-127.

⁹¹ *Prisões cautelares*, p. 128.

⁹² *Prisões cautelares*, p. 128-129.

⁹³ *Prisões cautelares*, p. 129.

⁹⁴ *Prisões cautelares*, p. 130.

periódico em juízo, proibição de ausentar-se da comarca ou país, recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga e monitoração eletrônica). Caso ele violasse qualquer dessas medidas, isso já poderia servir como indício concreto da tentativa de fuga, e poderia justificar a prisão preventiva.

Por fim, citando Rogério Schietti Machado Cruz em *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*, Aury Lopes Jr. denuncia uma verdade silenciosa: “A prisão preventiva e todas as demais cautelares inserem-se, perfeitamente, na *lógica do sofrimento*, segundo a qual a prisão cautelar é a possibilidade de impor imediatamente um mal, uma punição, exercer a violência contra quem praticou um delito, ou seja, é a reação violenta àquele que cometeu uma violência. É, nessa linha, importante que a pessoa sofra na própria carne pelo mal que fez⁹⁵.”

Esse pensamento, contudo, não se enquadra ao nível dos valores éticos e morais que presumimos ter alcançado em nossa civilização.

3.5 Liberdade provisória

3.5.1 Noções gerais

Antes de mais nada, vale ressaltar a crítica feita pela doutrina à expressão “liberdade *provisória*”, uma vez que ofenderia o princípio da presunção de inocência. Pacelli⁹⁶ sugere a expressão liberdade *sob cautela*, uma vez que o termo “provisória” atrela uma presunção de culpa. Na mesma linha de pensamento, Aury Lopes Jr. destaca que hoje, no processo penal, a regra é a liberdade, não mais a prisão e, portanto, a prisão cautelar, sim, é *provisória*, é excepcional, e não a liberdade⁹⁷.

A liberdade provisória sofreu grandes alterações através da Lei 12.403/2011, como uma tentativa de aumentar as possibilidades do juiz, que, antes, encontravam-se restritas a dois grandes extremos, ou a prisão do indiciado ou a sua liberdade com poucas restrições. Nas palavras de Aury Lopes Jr., “abandonou-se esse sistema

⁹⁵ *Prisões cautelares*, p. 131.

⁹⁶ “Ainda que se possa dizer de uma liberdade *sob cautela*, jamais se pode admitir a denominação liberdade provisória, que traz, sob o signo da provisoriedade, uma presunção de culpa (...) E isso contraria o contexto em que se insere o conceito, na medida em que regido pela não culpabilidade, dentre outros princípios e postulados que fazem da liberdade a regra, e não a exceção, pelo menos até que contra o cidadão haja uma decisão (sentença/acórdão) condenatória transitada em julgado.” (PACELLI, Eugênio. *Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11* – São Paulo: Atlas, 2013, p. 123).

⁹⁷ *Prisões cautelares*, p. 183.

bipolar para abraçar um sistema polimorfo, com amplo regime de liberdade provisória, com diferentes níveis de vinculação ao processo, estabelecendo um escalonamento gradativo, em que no topo esteja a liberdade plena e, gradativamente, vai-se descendo, criando restrições à liberdade do réu no curso do processo⁹⁸.” Sendo assim, a liberdade provisória é uma alternativa à prisão preventiva, que somente deverá ser utilizada em *ultima ratio*.

Como explica Andrey Borges de Mendonça, “Durante o período em que é concedida a liberdade provisória, o indivíduo fica afastado do cárcere, mas com a necessidade de observância de certos deveres processuais, mais ou menos graves, vinculando-o ao processo⁹⁹.” A liberdade provisória é, dessa forma, uma medida cautelar, posto que restringe os direitos do cidadão.

3.5.2 Liberdade provisória como medida cautelar originária ou substitutiva de qualquer prisão cautelar

Necessário se faz, também, desconstruir a ideia de que a liberdade provisória somente é válida como sucedânea da prisão em flagrante. O art. 310 do CPP possui o seguinte texto:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

(...)

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

O dispositivo pode dar a falsa ideia de que a liberdade provisória só é possível quando houver, anteriormente, uma prisão em flagrante, por ausência de previsão legal de outra hipótese. Assim, realmente, funcionava na antiga sistemática, antes das inovações realizadas pela Lei 12.403/2011. Desta forma, alguém que não tivesse sido preso em flagrante, porém, posteriormente, tivesse a prisão preventiva decretada, não tinha a possibilidade de ter concedida, em substituição à prisão, a liberdade provisória, medida muito menos grave ao sujeito. O mesmo se dava ao investigado ou réu solto.

⁹⁸ *Prisões cautelares*, p. 184.

⁹⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais* – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 333.

Como assevera Andrey Borges de Mendonça¹⁰⁰, contudo, na nova sistemática, a liberdade provisória tomou novas facetas, podendo ser, agora, decretada como medida cautelar originária ou substitutiva (contracautela) de qualquer prisão cautelar, inclusive a preventiva, não só mais a em flagrante. Isso fica claro ao se analisar o §6º do art. 282 do CPP: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”. Pois bem, para a aplicação das outras medidas cautelares, a liberdade provisória será concedida. A Lei 12.403/2011, em seu art. 321, traz expressamente a previsão: “ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código”. Dessa forma, se os requisitos que autorizaram uma prisão preventiva deixam de existir no curso do processo, seguindo a mesma lógica, o juiz deverá conceder a liberdade provisória.

Nas palavras de Andrey Borges de Mendonça: “inverteu-se a lógica do sistema: a liberdade provisória não é mais apenas sucedânea de uma prisão cautelar anterior (como era na antiga sistemática), mas passou a ser a medida cautelar por excelência durante o curso do processo penal, inclusive com caráter originário. Ao contrário, a prisão processual é que foi relegada a um caráter excepcional, pois somente será decretada se o magistrado verificar que a liberdade provisória é insuficiente para a garantia dos fins do processo¹⁰¹”. Portanto, hoje, ela pode não só ser substituída por uma prisão cautelar (qualquer uma delas, inclusive a preventiva), como ela também pode ser decretada sem a existência anterior de uma prisão processual, sendo, dessa forma, medida cautelar originária.

3.5.3 Liberdade provisória com e sem fiança

A liberdade provisória, também, pode ser com ou sem fiança. Destaca-se que ela sempre será vinculada a alguma obrigação, podendo ser aplicadas uma ou várias medidas cautelares cumulativamente, como permite o §1º do art. 282 do CPP, e isso inclui a fiança. Já quanto à fiança, ela poderá ser cabível sempre que permitida. A fiança será permitida quando não proibida, ou seja, chega-se aos crimes afiançáveis

¹⁰⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais* – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 336.

¹⁰¹ *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*, p. 340.

por exclusão. Os crimes inafiançáveis encontram-se listados nos arts. 323 e 324 do CPP.

Aqui é importante esclarecer que, embora o juiz possa aplicar a fiança ao decretar a liberdade provisória, ela não é obrigatória, é uma mera possibilidade, que, como toda outra medida cautelar, deve se adequar às necessidades do caso concreto¹⁰². Sendo assim, há, também, ainda que o crime seja afiançável, a possibilidade de o juiz decretar a liberdade provisória sem a fiança, desde que vinculada a outras medidas cautelares previstas no código.

3.5.4 A liberdade provisória e os crimes inafiançáveis

Quanto aos crimes inafiançáveis, surge uma polêmica. A própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVIII, define aqueles crimes que serão tratados como inafiançáveis, sendo um deles os crimes hediondos, como forma de tratar de forma mais severa determinados crimes, que tem potencial de atingir os bens jurídicos mais caros, protegidos pela constituição.

Contudo, como foi apontado, a liberdade provisória sem fiança é uma hipótese tanto quanto a com fiança, e não há proibição da liberdade provisória sem fiança aos crimes listados pela constituição como inafiançáveis. Como assevera Aury Lopes Jr., a fiança e a liberdade provisória são institutos distintos. Em suas palavras, “A inafiançabilidade veda apenas a concessão da liberdade provisória com fiança, mas não a liberdade provisória vinculada a medidas cautelares diversas, mais gravosas que o mero pagamento de fiança¹⁰³.”

Conforme nota Pacelli¹⁰⁴, ao tratar das inafiançabilidades trazidas pela constituição, “resumem-se, pois, a *tiros que saíram pela culatra*, (...) Afinal, além de não se prestarem a impedir a restituição da liberdade, terminam por limitar a atuação

¹⁰² “Quando se fala em liberdade provisória com fiança, o que se está dizendo é que o juiz possui todo o rol de medidas do art. 319 para aplicar. Não significa que o juiz necessariamente tenha que aplicar a fiança em todas as situações, pelo simples fato de se tratar de infração afiançável. (...) Assim, na liberdade provisória com fiança o juiz não obrigatoriamente aplicará a fiança, salvo se entender que essa medida é necessária e adequada. (...) Porém, o juiz pode entender que a fiança não é medida adequada para o caso concreto. (...) Assim, quando o legislador fala em liberdade provisória com fiança, deve-se entender como sendo “liberdade provisória com possibilidade de fiança” (*Prisão e outras medidas cautelares pessoais*, p. 342-343).

¹⁰³ *Prisões cautelares*, p. 201.

¹⁰⁴ PACELLI, Eugênio. *Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11* – São Paulo: Atlas, 2013, p. 125-126.

do juiz, no que tange ao livre manejo das cautelares, impedindo a imposição da fiança, ainda que está se mostre medida *necessária, adequada e proporcional* à efetivação da acautelamento almejado.”

Constata ele, ainda, que a legislação permitiu, ao dispor sobre os crimes inafiançáveis, a situação esdrúxula em que o aprisionado por crime inafiançável e, portanto, abstratamente mais grave, tenha a sua liberdade restituída de forma menos onerosa (posto que não terá que pagar fiança para ter direito à liberdade provisória) que aqueles presos por crimes afiançáveis, que cometeram infrações menos graves e ainda assim poderão ter que pagar fiança. Criou-se, conclui, um paradoxo¹⁰⁵.

¹⁰⁵ PACELLI, Eugênio. *Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11* – São Paulo: Atlas, 2013, p. 140.

4 ANÁLICE DA DECISÃO DO HC 139.612

4.1 Breve contextualização do caso

No início de junho de 2010, a modelo Eliza Samudio desapareceu, tendo dito, em seu último contato com as suas amigas, que iria ao encontro do ex-goleiro do Flamengo, Bruno Fernandes de Souza, em seu sítio, a seu pedido. Os dois mantiveram um relacionamento extraconjugal, do qual resultou, segundo a modelo, em sua gravidez, motivo pelo qual, à época, pedia ela o reconhecimento de paternidade do filho por parte do jogador.

O relacionamento dos dois já havia sido revelado como conturbado pela mídia, tendo a modelo afirmado ter sofrido diversas ameaças de morte pelo jogador, quando em 13 de outubro de 2009 denunciou o mesmo na Delegacia Especial de Atendimento à Mulher (Deam) de Jacarepaguá, por tentativa de sequestro, agressão e ameaça¹⁰⁶.

No dia 08 de julho de 2010, foi decretada a prisão preventiva de Bruno¹⁰⁷, tendo o juiz usado as ameaças feitas por Bruno como fundamento para a decretação, ao dizer: “O que se percebe é que a ameaça, ao que parece, se concretizou. Demonstrada, pois, a periculosidade dos réus. Portanto, deixar os réus em liberdade nestes autos, em verdade, significaria incentivá-los a continuar usando de meios violentos contra as pessoas que deles porventura discordem¹⁰⁸.”

Em 08 de março de 2013, no Dia Internacional da Mulher, Bruno foi condenado a 17 anos e 6 meses em regime fechado por homicídio qualificado (por motivo torpe, asfixia e uso de recurso que dificultou a defesa da vítima), a outros 3 anos e 3 meses em regime aberto por sequestro e cárcere privado e ainda a mais 1 ano e 6 meses por ocultação de cadáver. A pena foi aumentada porque o goleiro foi considerado o mandante do crime, e reduzida pela confissão do jogador¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Eliza Samudio denunciou ao EXTRA, em 2009, ameaças feitas por Bruno. EXTRA. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/eliza-samudio-denunciou-ao-extra-em-2009-ameacas-feitas-por-bruno-assista-ao-video-usado-no-julgamento-7770943.html>, acesso em 15 de janeiro de 2018.

¹⁰⁷ Justiça decreta prisão preventiva de Bruno por sequestro de Eliza em 2009. G1. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/07/justica-decreta-prisao-preventiva-de-bruno-por-sequestro-de-eliza-em-2009.html>, acesso em 15 de janeiro de 2018.

¹⁰⁸ Justiça decreta prisão preventiva de Bruno por sequestro de Eliza em 2009. G1. Trecho da decisão do juiz Marco José Mattos Couto, da 1ª Vara Criminal, disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/07/justica-decreta-prisao-preventiva-de-bruno-por-sequestro-de-eliza-em-2009.html>, acesso em 15 de janeiro de 2018.

¹⁰⁹ Goleiro Bruno é condenado a 22 anos e 3 meses. G1. Disponível em: <http://g1.globo.com/minas-gerais/julgamento-do-caso-eliza-samudio/noticia/2013/03/bruno-e-condenado-prisao-por-morte-de-eliza-ex-mulher-e-absolvida.html>, acesso em 15 de janeiro de 2018.

Em 21 de fevereiro de 2017, através de liminar, foi concedido *habeas corpus* pelo Min. Marco Aurélio Mello, do STF, em decisão monocrática, cassando a prisão cautelar e permitindo ao goleiro responder ao processo em liberdade, enquanto espera o julgamento de sua apelação pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O Ministro acatou o argumento da defesa de morosidade no andamento do processo e excesso de prazo da constrição cautelar¹¹⁰.

Em 19 de abril do mesmo ano, contudo, em manifestação sobre a decisão, o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, pediu a revogação da liminar. Segundo o Procurador, o atraso no julgamento do processo teria tido contribuição da própria defesa, o que afastaria a hipótese de ilegalidade da prisão preventiva¹¹¹.

Finalmente, em 25 de abril de 2017, por maioria de votos (três a um), a Primeira Turma do STF, ao analisar a questão, não admitiu a impetração do HC e revogou a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Relator, Min. Alexandre de Moraes¹¹².

4.2 A valoração da gravidade em abstrato do fato nos votos do acórdão

Ao julgar o HC 139.612, três foram os principais argumentos da Primeira Turma do STF para a manutenção da prisão cautelar¹¹³: i) incompetência do STF para análise do pedido, uma vez que o HC impugna decisão monocrática de Ministro do STJ¹¹⁴; ii) inexistência de excesso de prazo atribuível exclusivamente ao Poder Judiciário (motivo principal da decisão monocrática em sede de liminar do Min. Marco Aurélio, uma vez que o paciente encontrava-se preso há mais de seis anos, no momento da decisão); iii) presença dos requisitos para manutenção da custódia: conduta social,

¹¹⁰ “A esta altura, sem culpa formada, o paciente está preso há 6 anos e 7 meses. Nada, absolutamente nada, justifica tal fato. A complexidade do processo pode conduzir ao atraso na apreciação da apelação, mas jamais à projeção, no tempo, de custódia que se tem com a natureza de provisória.” (Trecho da decisão monocrática do Min. Marco Aurélio Mello, STF, Medida Cautelar no HC 139.612/MG, DJE nº 38, divulgado em 24/02/2017).

¹¹¹ Manifestação da PGR sobre a decisão monocrática do Min. Marco Aurélio Mello, em 19 de abril de 2017, Medida Cautelar no HC 139.612/MG.

¹¹² STF. Habeas Corpus 139.612/MG. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma, ata nº 86/2017. DJE nº 121, divulgado em 08/06/2017.

¹¹³ STF. Habeas Corpus 139.612/MG. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma, ata nº 86/2017. DJE nº 121, divulgado em 08/06/2017.

¹¹⁴ “Inexistência de hipóteses específicas de teratologia ou casos excepcionais que permitam, excepcionalmente, o exame de *habeas corpus* quando não encerrada a análise na instância competente” (STF. Habeas Corpus 139.612/MG. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma, ata nº 86/2017. DJE nº 121, divulgado em 08/06/2017, p. 1).

personalidade do réu, gravidade, “*modus operandi*”, circunstâncias dos delitos e perversidade na execução.

Não obstante todos os fundamentos serem passíveis de crítica, o presente trabalho se limitará a analisar o terceiro argumento ou, mais precisamente, a *gravidade* do delito suscitada pelos Ministros.

Ao fundamentar o seu voto, o Min. Alexandre de Moraes (relator) assim dispôs¹¹⁵:

[...] Salientou, ainda, Sua Excelência, o “*extremo temor no seio da sociedade*” causado por essa espécie de delito e a necessidade de preservação da “*paz social*”.

Lamentavelmente, a MMª Juíza tem razão, pois, em 2015, a divulgação do Mapa da Violência sobre homicídios entre o público feminino no período de 2003-2013, segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), apontou o Brasil com a quinta maior taxa do mundo em feminicídios (cuja tipificação específica, entre nós, surgiu em 2015, com a Lei 13.104), com 4,8 vítimas para 100 mil mulheres, sendo que 33,2% dos crimes foram praticados por parceiros ou ex-parceiros das vítimas, como entendeu o Tribunal do Júri na presente hipótese. Apontando algumas das razões desses péssimos números, a representante da ONU no Brasil, Nadine Gasman, afirmou: “Feminicídios são assassinatos cruéis e marcados por impossibilidade de defesa da vítima, torturas, mutilações e degradações do corpo e da memória. E, na maioria das vezes, não se encerram com o assassinato. Mantém-se pela impunidade e pela dificuldade do poder público em garantir a justiça às vítimas e a punição aos agressores”.

A fim de tornar o posicionamento ainda mais claro, transcrevamos a que parte da sentença da juíza *a quo* o Ministro se refere especificamente:

Indiscutível se torna registrar, que os crimes descritos nestes autos, causam extremo temor no seio da sociedade, não podendo o Poder Judiciário fechar os olhos a esta realidade, de modo que a paz social deve ser preservada, ainda que, para tal, seja sacrificada algumas garantias asseguradas constitucionalmente, dentre elas, a liberdade individual.

¹¹⁵ STF. Habeas Corpus 139.612/MG. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma, ata nº 86/2017. DJE nº 121, divulgado em 08/06/2017, p. 9).

Não há, ainda, como deixar de falar da natureza de um dos delitos em análise, qual seja, homicídio triplamente qualificado, considerado hediondo, a teor do artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.072/90, crime doloso, punido com pena de reclusão, dotado, pois, de maior censurabilidade jurídico-penal¹¹⁶.

Pois bem. No excerto, o Ministro justifica a gravidade do crime por se tratar de feminicídio. O homicídio praticado contra a mulher em razões de seu sexo, também chamado de feminicídio, foi introduzido como uma qualificadora no Brasil através da Lei n. 13.104 de 2015, motivo pelo qual, em respeito ao princípio da irretroatividade da lei penal, não alcançou o goleiro Bruno.

O problema da argumentação, contudo, está em sua abstração. Ainda que o feminicídio já existisse tipificado no Brasil à época do crime, isso, por si só, não seria motivo justificante para a manutenção da prisão preventiva. Por mais nobre que tenha sido a intenção do Ministro em reconhecer a violência existente contra a mulher, e reconhecer a gravidade deste problema, o feminicídio não é fundamento idôneo para manter preso cautelarmente alguém.

Para corroborar com o seu pensamento sobre a gravidade do feminicídio (veja, do *feminicídio*, não do crime em concreto, não do homicídio de Eliza Samudio), o Ministro traz dados alarmantes da Organização Mundial de Saúde sobre a taxa de feminicídios ocorridos no Brasil de 2003 a 2013. Estes dados, contudo, em nada se relacionam com as especificidades do delito, não se encarregam de demonstrar o *periculum libertatis* que legitime a prisão preventiva. Não bastam, segundo Aury Lopes¹¹⁷, “presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida.” No caso, não basta a mera exposição de dados sobre a quantidade de feminicídios que ocorrem no Brasil, ou a gravidade do ato em si, para manter preso cautelarmente o réu. Restou se justificar de que forma, concretamente, responder em liberdade poderia ser prejudicial ao processo ou, admitindo-se uma função extraprocessual à prisão cautelar, à sociedade/Estado.

¹¹⁶ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Comarca de Contagem, Tribunal do Júri, Sentença, Autos nº: 0079.10.035624-9, p. 7-8.

¹¹⁷ LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 101.

Ademais, falar em feminicídio, por si só, e classificar como um crime cruel e grave, também se demonstra como motivação inócua para aplicação da prisão preventiva. O Código Penal, ao criar a qualificadora do feminicídio, já quantifica o desvalor da conduta da ação. É certo que a qualificadora não existia no momento do crime, motivo pelo qual não pode ser utilizada, como já explicado. Contudo, o crime de homicídio contra a mulher “por razões da condição de ser mulher” já poderia muito bem ser enquadrado no inciso II, §2º do art. 121 do Código Penal, que trata das qualificadoras do homicídio, sendo este o do motivo fútil. Dito isso, qualquer que seja a qualificadora, utilizando-se do mesmo fundamento que o Código usa para quantificar o desvalor da conduta na tipificação e qualificação dos delitos, desta vez para fundamentar a prisão preventiva, está se autorizando que para todos os crimes em que incida esse tipo penal ou qualificadora seja decretada a prisão preventiva, independentemente das especificidades do caso concreto. Em última análise, está se criando a prisão automática, anterior ao trânsito em julgado do processo, já extinta no direito penal brasileiro.

Quanto ao “extremo temor no seio da sociedade” causado por essa espécie de delito e a necessidade de preservação da “paz social”, a juíza *a quo* e o Ministro se preocupam com a estabilidade/tranquilidade da comunidade, que, por sua vez, somente pode se enquadrar na prisão preventiva como garantia da ordem pública¹¹⁸, prevista no art. 312 do CPP. Embora não seja o objetivo principal do trabalho, o argumento relaciona-se intimamente com a gravidade em abstrato do crime, motivo pelo qual merece atenção.

O Ministro, citando a juíza, dá a entender que crimes graves, como o feminicídio, causam inquietação e apreensão dentro da sociedade, o que justificaria a manutenção da prisão preventiva do réu. Em primeiro lugar, daqui já se está valorando a gravidade em abstrato do crime para manter a prisão cautelar (“o extremo temor no seio da sociedade causado por essa espécie de delito”). Ou seja, está se reconhecendo que espécies de delitos, consideradas como graves abstratamente, por si só, causam tal temor e instabilidade da paz social que justificam a decretação ou manutenção de uma prisão preventiva.

¹¹⁸ PACELLI, Eugênio. *Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11* – São Paulo: Atlas, 2013, p. 93.

Sobre o determinado temor e paz social, aduz, ainda, Sanguiné¹¹⁹ da inconstitucionalidade de se utilizar da prisão preventiva para dar satisfação ao público de sentimento de justiça: “O encarceramento antecipado como instrumento apaziguador das ânsias e temores suscitados pelo delito, como finalidade intimidatória ou exemplar (a reiterada e conhecida invocação à segurança pública), equivale a uma *pena antecipada* à própria condenação, não com base em necessidades processuais, mas de prevenção geral, o que resulta inconstitucional porque se *pressupõe a culpabilidade* do acusado.”

É preciso também dissociar a ordem pública da paz social. Como constata Sanguiné¹²⁰, “a ordem pública não se confunde com ruptura da paz social, porque todo crime, como tal, põe em risco a paz social e, por isso, é objeto da reação ou da reprovabilidade máxima do Direito Penal.”, motivo pelo qual não se pode se utilizar de argumentos como a “preservação da paz social” para justificar a prisão preventiva sobre o critério de manutenção da ordem pública.

Outro aspecto interessante do voto foi a utilização de argumento firmado em precedente do HC 118.770-SP, da própria Primeira Turma do STF:

O juízo de culpabilidade, portanto, foi determinado pelo tribunal constitucionalmente competente, de maneira soberana, e a prisão por pronúncia foi substituída pela prisão do réu, condenado por decisão do Tribunal do Júri. Em julgamento recente, e em caso análogo, esta Primeira Turma proclamou a tese de que “A prisão do réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade” (HC 118.770-SP, Red. p/acórdão Min. ROBERTO BARROSO, j. 7/3/2017)¹²¹.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVIII, estabelece a competência do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, além de também a soberania dos veredictos.

A soberania das decisões do júri impede que o tribunal *ad quem* considere que os jurados não optaram pela melhor decisão, entre as duas possíveis. Não lhe cabe

¹¹⁹ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais* – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 320.

¹²⁰ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais* – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 298.

¹²¹ STF. Habeas Corpus 139.612/MG. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma, ata nº 86/2017. DJE nº 121, divulgado em 08/06/2017, p. 10.

fazer esse controle¹²². Dessa forma, a matéria que pode ser impugnada por via de apelação após a sentença proferida pelo Tribunal do Júri é bastante restrita, sendo as hipóteses taxativamente dispostas no art. 593, III, do CPP, são elas: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Como se vê, por mais limitadas que sejam as impugnações possíveis na apelação da sentença do Tribunal do Júri, por mais que o Tribunal não possa reapreciar os fatos e provas, substituindo a decisão do júri, o réu ainda possui o direito ao duplo grau de jurisdição, a decisão ainda poderá ser revisada, com certo nível de restrições, é verdade, porém com a existente possibilidade de ele ainda ser declarado inocente, motivo pelo qual assim deveria ser tratado: como inocente. Nas palavras de Aury Lopes Jr.¹²³, com as quais concordamos, o princípio da presunção de inocência é “fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se de pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (...) decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro.”

Dessa forma, uma vez que a regra, pelo menos até a formação de uma sentença definitiva (e a sentença do Tribunal do Júri não o é, posto que passível de recurso de apelação), é a liberdade, a questão deveria ser se a liberdade do réu enquanto espera julgamento da apelação fere a soberania dos vereditos (visto que ainda inocente), e não se a sua prisão após a sentença do Tribunal do Júri fere a presunção de inocência. Se há recurso cabível, se há a possibilidade de alteração da sentença e absolvição do réu, se ainda há a chance de o réu não ser culpado, não há como mantê-lo preso antes do julgamento do recurso, a menos que preenchidos os requisitos da prisão preventiva. Parece-nos, aqui, que o princípio da presunção de

¹²²LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal* – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 835.

¹²³ LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 19.

inocência e o direito à liberdade deveriam prevalecer sobre o da soberania dos veredictos.

Esse precedente do STF, também, infelizmente, não deixa de configurar em valoração em abstrato do crime para manutenção da prisão cautelar, ao menos indiretamente. O Tribunal do Júri julga, por definição da Constituição, crimes considerados graves por sua natureza, mas não quaisquer crimes graves: aqueles contra a vida, um dos bens jurídicos mais valiosos à CF, e o mais valioso ao Código Penal. Portanto, em uma escala de “crimes graves”, o Tribunal do Júri julgaria aqueles considerados mais graves. Assim, é forçoso concluir que o STF, ao permitir a execução da condenação da sentença do Tribunal do Júri na pendência de recurso de apelação, autorizou a situação em que o fato de o crime ser contra a vida e, portanto, grave, por si só, justifica a decretação ou manutenção da prisão preventiva após a sentença do Tribunal do Júri.

Relevante ressaltar que, por esse entendimento, bem como em sua fundamentação, o Min. Alexandre de Moraes não considera a prisão mais como processual, uma vez que já houve a decisão soberana do Tribunal do Júri, como pode ser visto no trecho transcrito acima. Seria, desde já, a execução da pena de uma sentença já formada. Concordamos, contudo, com a doutrina dominante, e com o próprio Min. Marco Aurélio em seu voto, para o qual, enquanto não houver título condenatório transitado em julgado, a prisão sempre será preventiva¹²⁴.

Se não se está valorando tal gravidade, uma vez que a fundamentação é a soberania dos veredictos, e não a gravidade em si dos crimes contra a vida, ao menos está se permitindo que para determinados crimes, abstratamente graves (crimes contra a vida), haja uma espécie de prisão (repita-se, cautelar, processual, uma vez que não existe formada sentença definitiva) automática após a sentença do Tribunal do Júri. É uma situação menos gravosa do que a da valoração da gravidade em abstrato de qualquer crime para justificar a prisão preventiva, uma vez que somente se sustenta após a sentença do Tribunal do Júri e, portanto, apenas acontece com os crimes contra a vida, mas não deixa de ser uma imposição de uma prisão processual automática de um crime grave, sem o preenchimento dos requisitos da prisão preventiva, sem motivação concreta; desnecessária.

¹²⁴ STF. Habeas Corpus 139.612/MG. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma, ata nº 86/2017. DJE nº 121, divulgado em 08/06/2017, p. 23.

Passemos, agora, ao voto do Min. Luiz Fux, que traz pensamentos semelhantes:

[...] quando está diante de um crime especial, de um crime hediondo, como sói ocorrer, como este caso específico, em que o próprio corpo de jurados - quer dizer, o paciente julgado pelos seus semelhantes - assentou a crueldade do crime, a impossibilidade de defesa da vítima, a tortura, as mutilações, as degradações do corpo e, o que é pior, da memória, porque, conforme o Relator destacou, o corpo não foi encontrado. [...]

E trago aqui uma série de acórdãos no sentido de que casos como este merecem um tratamento diferenciado. Por quê? Porque isso também é um delito de natureza excepcional.

O festejado Ministro e Jurista Carlos Maximiliano traz, na sua obra "Hermenêutica e Aplicação do Direito", um capítulo próprio sobre Direito Excepcional. Na essência, ele diz o seguinte: as leis são estabelecidas para o ambiente objetivo normal; agora, diante de um caso excepcional, tem que se aplicar direitos excepcionais. Então, por exemplo, nós estamos diante de um crime classificado pela lei como hediondo. Qual é a *ratio essendi* da Constituição Federal? Não se dá liberdade provisória de crime hediondo, porque ele é inafiançável, conforme a própria Constituição afirma; e isso ela o faz de maneira objetiva. Não está analisando responsabilidade subjetiva; ela está analisando objetivamente. Esse tipo de crime tem de ser punido de forma exemplar¹²⁵.

O excerto da fundamentação do Min. Luiz Fux é mais simples e claro. Ele traz dois pontos: o fato de o crime ser hediondo e o fato de ser inafiançável (por ser hediondo) e, por consequência, não caber a ele liberdade provisória. Sigamos por partes.

Já falamos, no capítulo anterior, sobre o tema da inafiançabilidade e a sua relação com a liberdade provisória. Contudo, pelo argumento utilizado pelo Ministro, e pelo fato de a inafiançabilidade guardar relação direta com a gravidade em abstrato dos crimes, talvez valha a pena tecer alguns rápidos comentários, desta vez incluindo jurisprudência do próprio STF.

¹²⁵ STF. Habeas Corpus 139.612/MG. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma, ata nº 86/2017. DJE nº 121, divulgado em 08/06/2017, p. 18-19.

A Constituição Federal determina que a lei considerará alguns crimes como inafiançáveis, e o art. 323 do CPP, seguindo o mandamento constitucional, dispõe sobre isso. São eles: os crimes de racismo, os crimes de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, os crimes de terrorismo e os definidos como crimes hediondos e, por fim, os crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Como se pode perceber, a Constituição tenta dar tratamento mais rigoroso àqueles delitos cujo, abstratamente, considera os mais graves, incluindo-se, nestes, os crimes hediondos.

Dessa forma, mais uma vez, estabelecer que crimes inafiançáveis não são passíveis de concessão de liberdade provisória é uma forma de proibir a liberdade provisória àqueles crimes considerados mais graves abstratamente. Visto que os crimes inafiançáveis são aqueles considerados mais graves, não permitir a liberdade provisória para eles com base em sua inafiançabilidade é uma forma de driblar a proibição de se justificar a prisão preventiva a partir da valoração em abstrato da gravidade do crime. Em outras palavras, está se criando uma prisão preventiva obrigatória, não motivada (legitimamente), para os delitos abstratamente mais graves, e o próprio STF já afastou a ideia de uma prisão preventiva compulsória¹²⁶.

Felizmente, contudo, não há, mais, hoje, nenhuma lei que vede a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos; existe, somente, vedação à concessão de liberdade provisória mediante fiança¹²⁷. Como já explicado, porém, a liberdade provisória pode ser concedida com ou sem fiança, não sendo a fiança, portanto, necessária à sua configuração. Dessa forma, é possível a concessão da liberdade provisória sem fiança para os crimes considerados inafiançáveis, como os hediondos.

Aduz o Ministro, em seu argumento, entretanto, que seriam os crimes hediondos impassíveis de receber liberdade provisória por próprio mandamento

¹²⁶ “A PRISÃO PREVENTIVA COMPULSÓRIA FOI ABOLIDA DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL, APLICANDO-SE IMEDIATAMENTE A NOVA LEI QUE A SUPRIMIU. RECURSO DE HABEAS CORPUS PROVIDO.” (STF, RHC 45.576, Rel. Min Evandro Lins, Segunda Turma, julgado em 28.05.1968, RTJ, vol. 45.623, DJ de 28.06.1968, p. 2452).

¹²⁷ “Originariamente, a Lei dos Crimes Hediondos vedava a concessão de liberdade provisória para os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo eram insuscetíveis de fiança e liberdade provisória, nos termos redação originária do art. 2º, inc. II, da Lei 8.072. Porém, a Lei 11.464/2007 deu nova redação ao referido inciso, passando a vedar apenas a liberdade provisória, com fiança para tais delitos. Deixou de prever, portanto, a vedação à concessão da liberdade provisória.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais* – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 394).

constitucional. Porém, como expõe Aury Lopes Jr.¹²⁸, “ainda que a Constituição efetivamente defina crimes inafiançáveis (art. 5º, XLIII), o próprio texto constitucional consagra a liberdade provisória sem fiança no art. 5º, LXVI. E mais: a própria Constituição determina que ninguém será preso senão em caso de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Logo, a fundamentação implica demonstração de necessidade da medida, pois, se fosse obrigatória, seria um ato judicial automático, sem a necessidade de qualquer fundamentação.”

O próprio STF¹²⁹, por sua vez, declarou a inconstitucionalidade do art. 21 do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003), que previa ser insuscetível de liberdade provisória a posse, o comércio e o tráfico de armas (arts. 16, 17 e 18 da mesma lei), bem como a dos parágrafos únicos dos arts. 14 e 15, que declaravam a inafiançabilidade dos crimes de porte ilegal de arma de fogo e de disparo de arma de fogo, por entender que a vedação à liberdade provisória feria o princípio da presunção de inocência e a obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão, autorizando, dessa forma, a prisão *ex lege*. Embora não se tratem de crimes hediondos, o fundamento serve para ambos os casos, uma vez que também se tenta proibir a liberdade provisória, desta vez através da inafiançabilidade do crime.

Fica superada, assim, a questão da insusceptibilidade de liberdade provisória aos crimes inafiançáveis. O outro argumento apresentado é o de que o homicídio, por ser crime hediondo, por si só, merece um tratamento excepcional, não sendo suscetível de liberdade provisória, o que é escancaradamente a valoração da gravidade em abstrato do delito para fundamentar a prisão preventiva, e se assemelha bastante com o argumento da gravidade do feminicídio, apresentado pelo relator, Min. Alexandre de Moraes.

¹²⁸ LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares* – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 200.

¹²⁹ Ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.AFRONTA TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA. Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente. Ação julgada procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003.” (STF, ADI 3.112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 02.05.2007, DJe 131, divulgado em 25.10.2007, publicado em 26.10.2007, DJ de 26.10.2007).

Seja por ser crime hediondo, seja por ser feminicídio, fato é que nada disso traz os elementos concretos necessários para se justificar uma prisão preventiva. A alegação da gravidade em abstrato do crime não traduz o *periculum libertatis*, o perigo que aquele indivíduo revela solto, elemento fundamental para a decretação da prisão preventiva. Para tal, é necessário demonstrar, na situação fática, a partir das circunstâncias do caso, a existência deste perigo. Por este motivo, não se considera fundamentada decisões que fazem alusão à gravidade do crime do homicídio, ou do feminicídio, ou à gravidade do crime hediondo, por exemplo. A prisão preventiva somente é legítima se demonstrada a cautelaridade que justifique medida tão grave.

Neste mesmo sentido, sobre o tema, adverte Andrey Borges de Mendonça: “o fato de o crime se tratar de uma infração grave, por si só, não pode ser considerado caracterizador de qualquer cautelaridade, a justificar a prisão. O próprio STF já asseverou, diversas vezes, que a gravidade em abstrato do delito não justifica a prisão preventiva. Aqui a situação é a mesma e somente se houver algum motivo cautelar é que se poderá admitir a prisão cautelar, negando-se a liberdade provisória. Qualquer tentativa de impor, direta ou indiretamente, uma prisão antes do trânsito em julgado, sem que estejam presentes os fundamentos da cautelaridade, seria verdadeira e inconstitucional antecipação da pena, em afronta ao princípio da presunção de inocência¹³⁰.”

Conforme mencionado acima na transcrição, o próprio STF já asseverou, diversas vezes, que a gravidade do delito não justifica a prisão preventiva. Portanto, para além da visão doutrinária, vejamos agora alguns dos precedentes anteriores do STF sobre o mesmo tema.

4.3 Precedentes anteriores do STF sobre o tema

Conforme será demonstrado, os argumentos apresentados vão amplamente de encontro com diversos precedentes já formados pelo STF sobre o mesmo assunto, os quais declaram que a gravidade em abstrato do crime não são fundamentação idônea para justificar a decretação ou manutenção de prisão preventiva. Vejamos alguns exemplos.

¹³⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais* – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 397.

Já é possível encontrar precedentes em sentido contrário desde 2007. O STF, Primeira Turma, em julgamento do HC n. 90858/SP, de Relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, embora tenha indeferido o remédio constitucional por outras razões, reconheceu a insustentabilidade de se invocar a gravidade em abstrato do delito, seja ele hediondo ou não, a fim de fundamentar a prisão preventiva¹³¹. Como bem delata o relator, em conformidade com grande parte da doutrina, prisão preventiva fundamentada com tal argumento serve apenas como antecipação de pena¹³².

Ainda em 2007, em julgamento do HC 90.162/RJ, Primeira Turma, Relatoria do Min. Carlos Britto, muito embora a ordem também tenha sido denegada, foi reconhecida a inidoneidade da gravidade em abstrato do delito como fundamento para a prisão preventiva¹³³.

Em 2008, em três julgamentos distintos, dessa vez todos com a ordem concedida, o STF firmou o mesmo entendimento.

No primeiro, HC n. 97028/SP, Segunda Turma, Relatoria do Min. Eros Grau, o paciente, preso em flagrante pela prática de roubo mediante grave ameaça à pessoa, teve negado pela juíza da 6ª Vara Criminal de Barra Funda pedido de liberdade provisória. Ao indeferir os pedidos, a juíza afirmou que “a violência que constitui o tipo penal em questão, por si só, já é fundamento bastante para fundamentar a necessidade da segregação cautelar¹³⁴”. Nas instâncias superiores, o pedido foi negado, confirmando a decisão da juíza *a quo*. O Min. Eros Graus, contudo, decidiu que a decisão carecia de fundamentação idônea, uma vez que com esteio na gravidade do crime, em abstrato, e por “conveniência da ação penal”, concedendo a ordem para que o paciente respondesse à ação em liberdade¹³⁵.

¹³¹ “[...] 1. Não constitui fundamento idôneo à prisão preventiva a invocação da gravidade abstrata ou concreta do delito imputado, definido ou não como hediondo – muitas vezes, inconsciente antecipação da punição penal. (STF, HC 90.858/SP Rel. Min Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJU de 21.06.2007).

¹³² “O simples fato de uma infração ser abstratamente grave não pode ser justificativa para a manutenção do cárcere (conforme pacífica jurisprudência do STF), pois, neste caso, a prisão perderia seu caráter cautelar para ser antecipação de pena, em afronta ao princípio da presunção de inocência” (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais* – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 383).

¹³³ “A gravidade (em abstrato) do delito não se presta, ao ver desta Suprema Corte, como fundamento idôneo para a prisão preventiva. Precedentes.” (STF, HC 90.162/RJ, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJU de 28.06.2007)

¹³⁴ Gravidade do crime não é fundamento para prisão preventiva. STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=101007>, acesso em 31 de janeiro de 2018.

¹³⁵ “Prisão preventiva para garantia da ordem pública decretada com esteio na gravidade do crime, em abstrato, e por conveniência da instrução criminal, ante a presunção de que o réu, solto, frustraria a

No segundo caso, HC n. 95.237/RJ, Segunda Turma, de Relatoria do Min. Celso de Mello, o paciente, condenado à pena de reclusão de quatro anos pelo Juízo da 34ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, pelo crime de extorsão, teve decretada a sua prisão pelo TJ-RJ, em apelação lá interposta. Em HC impetrado no STJ, este confirmou a decisão do TJ¹³⁶. O relator, por sua vez, concedeu o direito ao paciente de responder em liberdade, por entender que não houve motivo concreto a justificar a prisão cautelar¹³⁷.

No terceiro e último caso, HC 93056/PE, Segunda Turma, também de Relatoria do Min. Celso de Mello, o paciente respondia por tráfico de drogas e associação com o tráfico, tendo sua prisão preventiva decretada, sendo um dos argumentos o da gravidade do delito a ela imputado¹³⁸. A decisão foi mantida em várias instâncias, inclusive em HC impetrado no STJ. Ao chegar ao STF, o Relator, contudo, concedeu o *writ*, por entender que a fundamentação apresentada não se coaduna com a jurisprudência do STF, ou seja, a denegação foi fundamentada na gravidade objetiva do delito¹³⁹. O caso é também interessante, pois, trata-se de tráfico de drogas, crime também inafiançável, um dos argumentos utilizados pelo Min. Luiz Fux para manter Bruno preso, como visto acima.

realização dos atos processuais. Fundamentação inidônea. Precedentes. Situação que justifica exceção à Súmula 691 desta Corte.” (STF, HC 97.028/SP, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJE nº 152, divulgado em 13/08/2009).

¹³⁶ Gravidade do crime não é fundamento para prisão preventiva. STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=101007>, acesso em 31 de janeiro de 2018.

¹³⁷ “Constata-se, pela análise do v. acórdão emanado do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que simplesmente não há qualquer motivação justificadora da concreta necessidade de decretação da prisão cautelar do ora paciente (fls. 158/161).” (STF, HC 95.237/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJE nº 34, divulgado em 18/02/2014).

¹³⁸ Gravidade do crime não é fundamento para prisão preventiva. STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=101007>, acesso em 31 de janeiro de 2018.

¹³⁹ EMENTA: “EXTENSÃO NO “HABEAS CORPUS” – APLICABILIDADE DO ART. 580 DO CPP – RAZÃO DE SER DESSA NORMA LEGAL: NECESSIDADE DE TORNAR EFETIVA A GARANTIA DE EQUIDADE – DOCTRINA – PRECEDENTES – AUSÊNCIA, NO CASO, DE CIRCUNSTÂNCIAS DE ORDEM PESSOAL SUBJACENTES À CONCESSÃO DO “WRIT” CONSTITUCIONAL EM FAVOR DA PACIENTE – PLENA IDENTIDADE DE SITUAÇÃO ENTRE A PACIENTE E AQUELE EM CUJO FAVOR É REQUERIDA A EXTENSÃO DA ORDEM CONCESSIVA DE “HABEAS CORPUS” - PRISÃO EM FLAGRANTE MANTIDA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL – UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - PEDIDO DE EXTENSÃO DEFERIDO.” (STF, HC 93.056/PE, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJE nº 204, divulgado em 28/10/2009, grifo nosso).

Em 2009, no HC 97.998/SP, a Segunda Turma, em Relatoria do Min. Eros Grau, o réu era acusado de alugar um revólver para, logo em seguida, matar a sua ex-namorada, chegando a cometer o homicídio. O juiz *a quo* não aceitou o pedido de liberdade, com o fundamento de que a gravidade se configurou com a ocorrência do homicídio. Os tribunais superiores não analisaram o HC, com base na Súmula n. 691, e ao chegar ao STF, a decisão do Relator foi no seguinte sentido:

8. Eis a decisão que indeferiu a liberdade provisória:

“Trata-se de pedido de liberdade provisória formulado em favor de XXXXX, o qual foi autuado em flagrante por infração ao art. 16 da Lei 10.826/03.

Consta que o autuado ‘alugou’ sua arma de fogo para M.T.B., seu amigo, para matar a ex-namorada, fato que acabou ocorrendo.

Dessa forma, demonstrada a gravidade delitiva, inclusive pelo resultado da conduta de M., claro está a presença dos requisitos da prisão preventiva. [...]”

9. Destaca-se dessa decisão que a prisão preventiva do paciente encontraria justificativa (i) na gravidade do crime e (ii) na necessidade de citação do paciente caso venha a ser ajuizada a ação penal.

10. A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que a invocação da gravidade do crime não autoriza a prisão preventiva. A regra é a liberdade; a prisão, a exceção. Aquela cede a esta em situações excepcionais, na linha de entendimento do Supremo Tribunal Federal (HCs ns. 83.516, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 23.5.08; 91.662, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 4.4.08; 88.858, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 25.4.08; 87.343, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 22.6.07; 84.071, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 24.11.06; 88.025, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 16.2.07; 85.237, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 29.4.05)¹⁴⁰.

Em 2013, no julgamento do HC n. 119.934/SP, a Primeira Turma do STF, de Relatoria do Min. Dias Toffoli, concedeu a liberdade provisória a um réu acusado de tráfico de drogas. Em seu voto, o Ministro assim se posicionou:

¹⁴⁰ STF, HC 97.998/SP, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJE nº 157, divulgado em 20/08/2009, grifos nossos.

No caso, tenho que o ato construtivo não indicou elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade da manutenção da custódia cautelar do ora paciente. [...]

Destaco que as considerações a respeito da gravidade em abstrato do delito não dão azo à manutenção da segregação nem lhe servem de justificativa¹⁴¹.

Finalmente, com propósito ainda exemplificativo, em julgamento ainda mais recente, em 2015, a Segunda Turma do STF, no HC n. 126.003/SP, de Relatoria do Min. Teori Zavascki, concedeu a ordem para revogar a prisão preventiva de uma mulher acusada de tráfico de drogas, que foi decretada tendo, como um dos fundamentos, a gravidade do crime de tráfico de drogas, por fomentar outros crimes e causar danos à saúde pública¹⁴². O Relator, em seu voto, por sua vez, refutou o argumento:

Nesse sentido, “a jurisprudência desta Corte é firme no sentido da impossibilidade de decretação da prisão preventiva com base apenas em presunção de fuga” (HC 125.555/PR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 14-4-2015). [...]

O juiz claramente baseou a preventiva na possibilidade de fuga, mas sem um dado concreto, e na gravidade do crime¹⁴³.

4.4 Conclusões sobre a fundamentação da decisão

Como exaustivamente demonstrado, a decisão do STF no HC 139.612 não está em conformidade com a jurisprudência anterior do próprio tribunal, ao menos no que se refere à valoração da gravidade em abstrato do fato como fundamento para a prisão preventiva. Ao se evocar a gravidade do crime do homicídio, por ser hediondo, e a gravidade do feminicídio, não se está denunciando o *periculum libertatis*, são ambos argumentos genéricos que não demonstram o temor que o indivíduo causa respondendo ao processo em liberdade, em clara afronta ao princípio da presunção de inocência e aos precedentes estabelecidos pela própria corte.

¹⁴¹ STF, HC 119.934/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJE nº 64, divulgado em 06/04/2015, p. 13-14.

¹⁴² STF, HC 126.003/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJE nº 207, divulgado em 15/10/2015, p. 2.

¹⁴³ STF, HC 126.003/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJE nº 207, divulgado em 15/10/2015, p. 9

A prisão preventiva, infelizmente, veio mal regulada pela Lei nº 12.403/2011, que não trouxe requisitos claros e definidos para a sua decretação, confiando em conceitos juridicamente indeterminados e impassíveis de se fazer uma maior reflexão, como “ordem pública” e “ordem econômica”, dando espaço para uma diversa gama de diferentes interpretações por parte dos magistrados. Como lembra Mariana Moreto¹⁴⁴, e em especial para esses casos de indeterminação legislativa, uma das funções mais importantes da jurisprudência é justamente interpretar a lei, delimitando o alcance do texto legal, e garantindo entendimento uniforme sobre este.

Destarte, compete ao Poder Judiciário, especialmente aos tribunais superiores, na falta de maior (ou melhor) regulamentação legislativa acerca da prisão preventiva, definir os critérios básicos para a sua decretação. O Supremo Tribunal Federal, infelizmente, na decisão, foi de encontro a seus próprios precedentes, demonstrando certa dificuldade em unificar a sua jurisprudência sobre a matéria, já bastante controvertida por si só.

Ao fazê-lo, houve ofensa ao princípio da igualdade. Avaliando a gravidade em abstrato do homicídio como fundamento à decisão que cassou a liminar que garantia a liberdade provisória do réu, o goleiro Bruno obteve tratamento desigual ao de todos os demais casos em que o STF descartou a possibilidade da análise da gravidade e restaurou a liberdade do réu. Essa decisão é ilegítima, uma vez que não há igualdade de tratamento com relação aos sujeitos dos demais precedentes estabelecidos pelo STF. Conforme adverte Didier Jr., “não se pode admitir como isonômica a postura de um órgão do Estado que, diante de uma situação concreta, chega a um determinado resultado e, diante de outra situação concreta, em tudo semelhante à primeira, chega a solução distinta¹⁴⁵.”

Igualmente, houve também ofensa ao princípio da segurança jurídica. Ao tratar da gravidade em abstrato do crime de forma diversa a que vinha tratando nos precedentes anteriores, o STF causou uma situação de insegurança jurídica indesejada dentro do nosso sistema jurídico.

¹⁴⁴ MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema brasileiro*. Tese de doutorado apresentada ao PPGD da USP. São Paulo: 2012, p. 25.

¹⁴⁵ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* – 10. Ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 468.

Uma das vantagens dos precedentes é, justamente, a previsibilidade e a estabilidade que se imprime ao sistema jurídico, dando a ele maior segurança jurídica. Conforme preceitua Fabiano Pimentel, “somente quando um Estado é governado com base em regras pré-anunciadas, claras e inteligíveis, é possível destacar e realizar os valores da segurança e certeza jurídica para proteger os cidadãos contra intervenções arbitrárias. Logo, é essencial que o cidadão saiba como se portar perante o Estado e o que esperar deste, vez que a previsibilidade é essencial à vida dos cidadãos para que condicionem seu comportamento com respaldo na certeza de qual será a resposta estatal¹⁴⁶.”

O precedente, assim, é de extrema importância para manter o sistema estável, seguro, e isonômico, sendo este um dos principais motivos das recentes alterações na legislação brasileira para dar a ele maior relevância. Conforme aponta Marinoni, “apenas o sistema que privilegia os precedentes pode garantir a coerência do direito, a previsibilidade e a igualdade¹⁴⁷.”

Isto posto, é essencial que o STF uniformize sua jurisprudência sobre a matéria. Não é por outro motivo que o art. 926 do CPC diz que é dever dos tribunais uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, e isso somente será possível quando houver o devido respeito e observância aos precedentes judiciais.

¹⁴⁶ PIMENTEL, Fabiano Cavalcante. *O retrospective overruling in mellius como fundamento para a revisão criminal*. Tese de Doutorado apresentada na UFBA. Salvador: 2015, p. 97.

¹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obrigatórios*, disponível em: http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/Confer%C3%Aancia_IAP2.pdf, acessado em 16/02/2018, p. 3.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, fica evidente que, na decisão do HC 139.612/MG, houve, primeiro, valoração da gravidade em abstrato do delito para fins de fundamentação da manutenção da prisão preventiva e, conseqüentemente, desconformidade da decisão com a atual jurisprudência do STF sobre o tema, o que releva a dificuldade da corte em uniformizar a sua jurisprudência sobre os critérios fundamentadores da prisão preventiva.

Se, por um lado, houve ofensa direta ao princípio da presunção de inocência e ao direito de liberdade, por outro, parece não ter havido muita preocupação com os precedentes na decisão exarada, o que não se coaduna com a atual posição do ordenamento jurídico brasileiro em relação ao tema. De fato, embora o sistema caminhe para uma maior valoração da jurisprudência, não só encorajando como de fato ordenando a sua unificação (vide art. 926 do CPC), seguindo uma prática já histórica, não parece haver o devido cuidado dos juízes, em especial os ministros dos tribunais superiores, na motivação de suas decisões, com o que já foi decidido, em outras palavras, com a força dos precedentes, dificultando a uniformização da jurisprudência.

Fabiano Pimentel explica bem a situação corrente: “No ordenamento jurídico brasileiro, a uniformização de entendimentos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em casos de difícil resolução, envolvendo, em geral, o alcance semântico dos direitos fundamentais, tem se tornado questão complexa e difícil na construção da fundamentação. Isto porque, cada ministro decide individualmente, apresentando motivações variadas. Há apenas um montante de decisões favoráveis ou não favoráveis que dificulta a formação de uma orientação do Tribunal sobre determinada questão. As motivações divergentes impedem a elaboração de uma *ratio decidendi* para ser utilizada na fundamentação de casos futuros sobre o mesmo assunto¹⁴⁸.”

Por fim, fica ainda o questionamento do porquê, logo neste caso, foi-se decidido de forma diferente ao que vinha sendo. Na contramão de toda uma jurisprudência já em firmamento, em caso de grande repercussão midiática, envolvendo um famoso

¹⁴⁸ PIMENTEL, Fabiano Cavalcante. *O retrospective overruling in mellius como fundamento para a revisão criminal*. Tese de Doutorado apresentada na UFBA. Salvador: 2015, p. 105.

jogador de um dos times de futebol mais populares do país, o STF decide manter o encarceramento do goleiro, mesmo antes do trânsito em julgado de seu processo.

Se for se permitir decidir sobre direitos ao sabor dos ventos, ou, sendo mais claro, sob influência e em favor de um clamor público derivado de manifesta exploração e manipulação midiática dos fatos, concedendo assim uma ilusão de eficiência do poder judiciário e a ideia de uma (pretensa) justiça, antes esquecer qualquer tentativa de se manter previsível e estável (e, portanto, legitimamente justo) o ordenamento jurídico através da uniformização da jurisprudência, e jogar toda a teoria dos precedentes no lixo.

REFERÊNCIAS

Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela** – 10. Ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

Eliza Samudio denunciou ao EXTRA, em 2009, ameaças feitas por Bruno. EXTRA. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/eliza-samudio-denunciou-ao-extra-em-2009-ameacas-feitas-por-bruno-assista-ao-video-usado-no-julgamento-7770943.html>

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal.** 2. Ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1997.

Goleiro Bruno é condenado a 22 anos e 3 meses. G1. Disponível em: <http://g1.globo.com/minas-gerais/julgamento-do-caso-eliza-samudio/noticia/2013/03/bruno-e-condenado-prisao-por-morte-de-eliza-ex-mulher-e-absolvida.html>

Gravidade do crime não é fundamento para prisão preventiva. STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=101007>

GRECO, Rogério. Código Penal: comentado – 11. Ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

Justiça decreta prisão preventiva de Bruno por sequestro de Eliza em 2009. G1. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/07/justica-decreta-prisao-preventiva-de-bruno-por-sequestro-de-eliza-em-2009.html>

Levantamento dos presos provisórios no Brasil. CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal** – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES Jr., Aury. **Prisões cautelares** – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil.** Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 49.

MARINONI, Luiz Guilherme, **Precedentes obrigatórios**, disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/>.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais** – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema brasileiro.** Tese de doutorado apresentada ao PPGD da USP. São Paulo: 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal** – 18. ed. rev. e ampl. atual. De acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. – São Paulo: Atlas, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11** – São Paulo: Atlas, 2013.

PIMENTEL, Fabiano Cavalcante. **As misérias do processo penal atual.** Disponível em: <http://www.advfp.com.br/upload/artigo-20160804153558.pdf>

PIMENTEL, Fabiano Cavalcante. **O *retrospective overruling in mellius* como fundamento para a revisão criminal.** Tese de Doutorado apresentada na UFBA. Salvador: 2015.

SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva.** Revista de Estudos Criminais, n. 10.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais** – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1836384>

STF, ADI 3.112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 02.05.2007, DJe 131, divulgado em 25.10.2007, publicado em 26.10.2007, DJ de 26.10.2007.

STF, HC 90.162/RJ, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJU de 28.06.2007.

STF, HC 90.858/SP Rel. Min Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJU de 21.06.2007.

STF, HC 91.386, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 19.02.2008, Segunda Turma, DJe de 16.05.2008.

STF, HC 93.056/PE, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJE nº 204, divulgado em 28/10/2009.

STF, HC 93.883, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 26.08.2008, Segunda Turma, DJe de 27.03.2009.

STF, HC 95.237/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJE nº 34, divulgado em 18/02/2014.

STF, HC 97.028/SP, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJE nº 152, divulgado em 13/08/2009.

STF, HC 97.998/SP, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJE nº 157, divulgado em 20/08/2009

STF, HC 99.210, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 01.12.2009, DJe 096, divulgado em 27.05.2010, publicado em 28.05.2010.

STF, HC 100.863, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 04.12.2009, DJe de 05.02.2010.

STF, HC 119.934/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJE nº 64, divulgado em 06/04/2015.

STF, HC 126.003/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJE nº 207, divulgado em 15/10/2015.

STF, Medida Cautelar no HC 139.612/MG, DJE nº 38, divulgado em 24/02/2017

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Comarca de Contagem, Tribunal do Júri, Sentença, Autos nº: 0079.10.035624-9.

STF, RHC 45.576, Rel. Min Evandro Lins, Segunda Turma, julgado em 28.05.1968, RTJ, vol. 45.623, DJ de 28.06.1968, p. 2452.

Trecho da decisão do juiz Marco José Mattos Couto, da 1ª Vara Criminal, disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/07/justica-decreta-prisao-preventiva-de-bruno-por-sequestro-de-eliza-em-2009.html>, acesso em 15 de janeiro de 2018.