

**BREVE ANÁLISE SOBRE AS  
RECENTES ALTERAÇÕES DA  
PRISÃO PREVENTIVA  
ADVINDAS PELA LEI  
13.964/2019 (PACOTE  
ANTICRIME)**

*Luiz Gustavo Fernandes<sup>67</sup>*

*Marcos De Lucca Fonseca<sup>68</sup>*

## APRESENTAÇÃO

Neste singelo texto acadêmico, pretendemos apontar e desenvolver as alterações legislativas sofridas pela medida cautelar da prisão preventiva, advindas da Lei 13.964/19 (Lei conhecida popularmente como Pacote Anticrime). Para tanto, conceituaremos as medidas cautelares do processo penal brasileiro, para, em um segundo momento, abordarmos especificamente o instituto da prisão preventiva, e, por fim, apontar e desenvolver as alterações sofridas pelo importante instituto processual penal brasileiro. Contudo,

---

<sup>67</sup> Luiz Gustavo Fernandes. Prof<sup>o</sup>. Me. em ciências criminais da Universidade Padre Anchieta, Mestre em Direito Penal pela PUC/SP, pós-graduado (lato sensu) em Direito Tributário pela FGV/SP, em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (Portugal), em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha), em Direito Penal

é imperioso lembrar que tais alterações legislativas são inovações recentes, de modo que ainda não possuem profunda análise prática da doutrina e dos nossos Tribunais, o que apenas ocorrerá com o decorrer do tempo.

## 1. MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Em um primeiro momento, é importante que se diga que uma medida cautelar, seja ela qual for, não tem natureza satisfativa, mas sim instrumental. Como o próprio nome indica, esta medida judicial é cautelar, de modo que não tem o condão de enfrentar o mérito principal da questão, mas, tão somente, assegurar a eficácia do processo que está (ou estará) a se desenvolver.

A tutela cautelar é uma medida de cognição sumária, superficial, menos profunda, enquanto a cognição plena, aprofundada, é aquela que enfrenta o mérito principal, resultando em um decreto condenatório ou absolutório. É uma medida de urgência, de modo que o Magistrado, ante

Econômico pela Universidade de Toledo (Espanha).

<sup>68</sup> Discente do 6º semestre do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Padre Anchieta – Unianchieta.

o perigo da demora, tem um prazo diminuto para decidir sobre o seu provimento ou não.

O Magistrado, ao decidir sobre uma medida cautelar, não trabalha com o *ius*, isto é, não trabalha com o direito propriamente dito, pois, não enfrentará, no momento, o mérito principal do processo. Trabalha com o *fumus boni iuris*, ou seja, com a fumaça do bom direito, visando, tão somente, tomar a medida para assegurar a eficácia do processo.

Trocando em miúdos, o objetivo da tutela cautelar é apenas assegurar que o processo se desenvolva de maneira satisfatória e, por fim, tenha eficácia.

Do que adiantaria o processo criminal se não fosse decretada uma medida cautelar objetivando, por exemplo, o bloqueio dos bens do agente que estivesse respondendo por lavagem de dinheiro? Ora, com o desenrolar do processo, que é normalmente demorado, o réu poderia ocultar ou dilapidar o patrimônio amealhado com a conduta criminosa, de modo a frustrar, caso condenado, o efeito secundário da sentença criminal, que é o ressarcimento do prejudicado.

Do que adiantaria o processo criminal se não fosse decretada uma contracautela de entrega do passaporte, ou mesmo uma prisão cautelar de um acusado que demonstrasse, por vários indícios, que iria fugir? Ora, caso o acusado restasse

condenado, seria difícil fazê-lo cumprir a sentença.

Do que adiantaria o processo criminal se não fosse decretada a oitiva antecipada da única testemunha ocular cuja saúde estivesse comprometida ou, mesmo, com idade avançada? Ora, é possível que, ao tempo da instrução criminal, tal testemunha já restasse falecida.

A prestação jurisdicional é morosa, de modo ser razoável que o processo penal possua instrumentos para amenizar, ou mesmo solucionar, os efeitos deletérios do tempo.

A doutrina, de modo geral, reza as características das medidas cautelares. São elas a instrumentalidade hipotética, a acessoriedade, a preventividade, a sumariedade e a provisoriedade. Contudo, segundo o Professor Gustavo Badaró, existem mais duas características, menos lembradas pela doutrina, mas que são fundamentais para a compreensão do tema, a referibilidade e a proporcionalidade.<sup>69</sup>

Instrumentalidade hipotética: ante a demora do processo a atingir o trânsito em julgado, aliado à “hipótese” de condenação, a medida faz-se necessária para assegurar a eficácia do processo.

“A medida cautelar será um instrumento para assegurar o resultado de uma hipotética condenação”.<sup>70</sup>

<sup>69</sup> *Processo Penal*: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015. p. 938.

<sup>70</sup> *Ibid*, loc. cit.

Acessoriedade: como já dito, as medidas cautelares não são resultado do enfrentamento do mérito principal do processo. São medidas “acessórias” que visam a efetividade do processo.

“O provimento cautelar não é um fim em si mesmo”.<sup>71</sup>

Preventividade: as medidas cautelares têm caráter “preventivo”, isto é, visam a prevenir, caso haja futura condenação.

Busca-se evitar, preventivamente, o prejuízo, por vezes irreparável, ao processo.

Sumariedade: diversamente da sentença penal, as medidas cautelares não estão lastreadas em um juízo de certeza.

Para que haja uma sentença condenatória, requer-se uma cognição profunda, um juízo de certeza ante o princípio da não culpabilidade (presunção de inocência) e do *in dubio pro réu*.

Repetimos, as tutelas cautelares são medidas de urgência, baseadas no *fumus boni iuris*. São frutos de uma cognição sumária visando a garantia e a eficácia do processo.

Provisoriedade: a tutela cautelar tem natureza provisória, vale dizer, não é definitiva.

“A eficácia da medida cautelar perdurará até que seja proferido o provimento final do processo cognitivo ou executivo”.<sup>72</sup>

Portanto, a medida cautelar não tem o condão de pôr termo no mérito principal, mas, apenas assegurar a eficácia do processo.

Referibilidade: tal característica traz a ideia de “referência” ao direito material, vale dizer, as medidas cautelares devem manter referência ao fato criminoso eventualmente cometido pelo acusado.

Exemplifica o Professor Gustavo Badaró que “em um processo por corrupção, o sequestro de bens deva incidir sobre o proveito que o corrupto obteve por tal delito (o imóvel comprado com o dinheiro recebido), mas não poderá atingir outro bem, ainda que também ilícito, que seja proveito de crime diverso e que não integre tal processo v.g. um carro comprado com dinheiro furtado”.<sup>73</sup>

Proporcionalidade: a medida cautelar deve ser proporcional ao fato e nunca extrapolar sua natureza instrumental. Não pode ser mais severa que a decisão definitiva.

Não deve o Magistrado, por exemplo, expedir ordem de prisão preventiva a um réu primário, de bons antecedentes, que esteja respondendo por um crime cuja pena seja branda, de modo a ocorrer a possibilidade de caso condenado, cumprir a pena em liberdade.

Ilógico seria se, no transcorrer da instrução criminal, o réu tivesse sua liberdade cerceada, mas, com o trânsito em julgado da

<sup>71</sup> Ibid., p. 939.

<sup>72</sup> Ibid., p. 940.

<sup>73</sup> Ibid., p. 944.

sentença condenatória, tivesse que cumprir a pena em liberdade.

Enfim, de tudo o que foi escrito até então, conclui-se: as medidas cautelares têm natureza instrumental e visam, tão somente, a assegurar a eficácia do processo, caso o réu seja condenado.

## 1.2. ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Diferentemente do processo civil, o processo penal não possui um processo cautelar autônomo. Porém, não significa dizer que, na seara criminal, a cautelaridade não seja prestada. Não são prestadas no bojo de um processo cautelar autônomo, mas são prestadas no curso da investigação criminal ou do processo criminal.

Como já exposto, as medidas cautelares têm caráter acessório do processo criminal principal, de modo a serem prestadas por meio de medidas cautelares previstas no CPP e na legislação especial.<sup>74</sup>

O sistema processual pátrio possui três espécies de medidas cautelares: as medidas cautelares patrimoniais, as medidas cautelares probatórias e as medidas cautelares pessoais.<sup>75</sup>

As medidas cautelares de cunho patrimonial, em primeiro lugar, visam a assegurar os efeitos secundários da condenação, pois é de se lembrar que a sentença só gerará efeitos após o trânsito em julgado.

Dispõe o inciso I do artigo 91 do Código Penal brasileiro:

*Art. 91 – são efeitos da condenação:*

*I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;*

Como dito, tal efeito só será executado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Pelo decurso do longo tempo, corre-se o risco de o acusado ter dilapidado seu patrimônio, frustrando, assim, o efeito secundário da sentença.

Note-se, portanto, que essas medidas cautelares patrimoniais visam à preservação do patrimônio do acusado a fim de suportar, caso ele sucumba, os efeitos da condenação.

Em segundo lugar, as medidas cautelares patrimoniais também visam à preservação patrimonial a fim de poderem suportar o confisco de bens de origem ilícita.

Dispõe, ainda, o inciso II do citado artigo 91 do CP:

*Art. 91 – são efeitos da condenação:*

<sup>74</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: Volume único. Salvador, Jus Podivm, 2017. p. 829.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 830.

*I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;*

*II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa fé:*

*a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;*

*b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.*

Demonstra-se, portanto, a importância das medidas cautelares patrimoniais, isto é, preservar o patrimônio para que possa suportar, no caso de o réu condenado, os efeitos secundários da condenação, seja no tocante à reparação do dano, seja no tocante ao confisco de bens de origem ilícita.

São medidas cautelares patrimoniais, por exemplo, o sequestro, o arresto, a hipoteca legal (arts. 125 a 144 do CPP) e a restituição de coisas apreendidas (arts. 118 a 124 do CPP).<sup>76</sup>

As medidas cautelares de cunho probatório visam à obtenção e à preservação da prova.

O CPP previu, em seu art. 225, o depoimento *ad perpetuam rei memoriam*.

*Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice,*

*inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.*

É possível, por exemplo, que a única testemunha do crime seja uma pessoa com a saúde comprometida ou ostente idade avançada, de modo que o Magistrado deverá ouvi-la antecipadamente sob o crivo dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Deve-se recordar, se bem que a traço largo, que a prova só terá validade se submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa, de modo que o Magistrado, se cauteloso, pode antecipar o depoimento em juízo para que no futuro, caso a testemunha “já não mais exista”, a prova tenha validade.

Por fim, as medidas cautelares pessoais, como o próprio nome indica, são aquelas que recaem sobre a pessoa. Tais medidas são as prisões cautelares, também chamadas de prisões processuais, prisões sem pena ou prisões provisórias.

No ano de 2011, foi publicada a Lei federal nº 12.403, que trouxe grande e importante inovação ao sistema das medidas cautelares pessoais.

Inovou, trazendo aquilo que se denominou contracautela, isto é, medidas

<sup>76</sup> Ibid., loc. cit.

cautelares alternativas à prisão, que visam a não levar, quando possível, os réus ao cárcere. Alguns poucos exemplos da citada contracautela são o comparecimento periódico em juízo, a retenção de passaporte, a proibição de ausentar-se da Comarca. Todas contracautelas estão previstas nos arts. 319 e 320 do CPP.

Portanto, o diploma processual prevê medidas privativas e restritivas da liberdade, sendo que as primeiras atuam com maior intensidade na liberdade do acusado/investigado, enquanto as medidas restritivas têm menor intensidade na liberdade do acusado/ investigado.

Antes da referida reforma, ocorrida em 2011, o sistema processual penal só contava com duas hipóteses de cautelar pessoal, as prisões e a liberdade provisória (com fiança e sem fiança). Atualmente conta com três, ou seja, as prisões, a liberdade provisória, cumulada ou não, com as medidas alternativas à prisão (contracautela).

Por fim, atualmente o diploma processual brasileiro, após 2008<sup>77</sup>, conta com as seguintes espécies de prisão cautelar: a prisão preventiva, a prisão temporária, e a prisão em flagrante.<sup>78</sup>

Porém, nosso objetivo precípua é a análise das alterações ocorridas no instituto da prisão preventiva. Deste modo, iremos conceituar a prisão preventiva e, *pari passu*,

desenvolver as inovações do instituto cautelar.

## 2. PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva está prevista nos arts. 311 a 316 do CPP.

Antes das alterações promovidas pelo Pacote anticrime, a prisão preventiva poderia ser decretada pelo Magistrado de ofício (se no curso da ação penal), ou a pedido da Autoridade policial (representação), do membro do Ministério Público (requerimento), do assistente de acusação ou do querelante.

Eis a primeira alteração!

O antigo artigo 311 do CPP assim dizia:

*Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, **de ofício, se no curso da ação penal**, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Grifo nosso).*

<sup>77</sup> Por força da reforma do CPP decorrente das Leis 11.689/08 e 11.690/2008.

<sup>78</sup> Segundo a doutrina contemporânea, a prisão em flagrante é definida como precautelar.

Atualmente a prisão preventiva jamais poderá ser decretada de ofício pelo Magistrado.

Após a reforma do referido artigo, assim ficou:

*Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Grifo nosso).*

Portanto a prisão preventiva continua sendo decretada pela autoridade judicial, contudo, apenas pela de provocação no curso investigação criminal e na fase processual, desde que preenchidos os motivos determinantes (previstos no art. 312) e os requisitos legais (previstos no art. 313).

Parece-nos que toda a reforma processual penal ocorrida no diploma brasileiro pela Lei 13.964/19 enfatizou a adoção do sistema acusatório.

Assim, a antiga discussão sobre a admissão, pelo Processo Penal brasileiro, do sistema acusatório ou misto caiu por terra.

O sistema processual penal brasileiro é acusatório e, neste sistema, cada ente do processo tem uma delimitada função. Cabe ao acusador acusar, ao defensor defender e ao

Magistrado julgar. Cabe ao Magistrado, acerca das cautelares, concedê-las apenas por provocação, nunca de ofício.

Prova de que o processo penal brasileiro adotou o sistema acusatório é o que está expressamente previsto no art. 3-A, também inserido no diploma processual brasileiro pelo Pacote anticrime:

*Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.*

Na esteira do Professor Renato Brasileiro de Lima: “A mudança em questão vem ao encontro do sistema acusatório. Acolhido de forma explícita pela Constituição Federal do 1988 (art. 129, I), o sistema acusatório determina que a relação processual somente pode ter início mediante provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*). Destarte, deve o juiz se abster de promover atos de ofício, seja durante a fase investigatória, seja durante a fase processual. Afinal, graves prejuízos seriam causados à imparcialidade do magistrado se se admitisse que este pudesse decretar uma medida cautelar de natureza pessoal de ofício, sem provocação da parte ou do órgão de atribuições assim definidas em lei. Destoa

das funções do magistrado exercer qualquer atividade de ofício que possa caracterizar uma colaboração à acusação.”<sup>79</sup> (Grifo nosso).

Muito bem lembrado pelo Professor Renan Araújo que o art. 20 da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) está em desacordo com a referida reforma do Código de Processo Penal:

*Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.*

Concordamos com o Professor Renan quando entendeu que o citado art. 20 não subsistirá ante a reforma do art. 311 do CPP, pois, “a redação do art. 311 (que veda a decretação *ex officio*) possui redação mais recente e está mais sincronizada com as modificações realizadas no processo penal brasileiro, com vistas a dar contornos cada vez mais coerentes com o sistema acusatório, evitando a atuação proativa do juiz.”<sup>80</sup>

Em suma, a primeira alteração promovida no instituto da Prisão Preventiva

foi que ela não poderá mais ser decretada pelo Juiz, de ofício, isto é, sem provocação.

## 2.1. REQUISITOS

Não há, na doutrina brasileira, uma uniformidade acerca da classificação; o certo é que a prisão preventiva será decretada sob a análise de três artigos, 312, 313 e 314.<sup>81</sup>

O Professor Gustavo Badaró, por exemplo, prefere classificar em a) pressupostos (art. 312, segunda parte), b) requisitos positivos (art. 312, primeira parte), c) requisitos negativos (art. 314) e d) hipótese de cabimento (art. 313). Já o Professor Paulo Rangel separa em a) pressupostos (art. 312) e b) hipóteses legais de admissibilidade da prisão preventiva (art. 313). Porém, como ensinou Guilherme Madeira Dezen, “não há classificações certas ou erradas, existem classificações mais ou menos adequadas, conforme cumpram sua finalidade ou não”.<sup>82</sup>

Segundo a doutrina clássica, é necessário que estejam presentes três requisitos para a decretação da prisão preventiva, os pressupostos (art. 312), os fundamentos (art. 312) e as condições de admissibilidade (art. 313).

<sup>79</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote anticrime*: Salvador, Jus Podivm, 2020. p. 269.

<sup>80</sup> ARAUJO, Renan. *Pacote anticrime. Reflexos no Código penal e no Código de Processo Penal*: Estratégia. P. 48.

<sup>81</sup> DEZEN, Guilherme Madeira. Op. cit. p. 752.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 753.

Os fundamentos da prisão preventiva estão previstos no art. 312. São eles:

*Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Grifo nosso).*

Garantia da ordem pública – a prisão preventiva visa a evitar que o agente continue delinquindo.

Garantia da ordem econômica – a prisão preventiva será decretada nos crimes que atinjam a ordem econômica “caso haja risco de reiteração delituosa”.<sup>83</sup>

Conveniência da instrução criminal – a prisão preventiva será decretada visando a impedir que o agente perturbe ou impeça a colheita de provas. Por exemplo, destruindo documentos, forjando provas, ameaçando testemunhas etc.

Por fim, para assegurar a aplicação da lei penal – a prisão preventiva será decretada caso se verifique o risco de fuga do agente.

As condições de admissibilidade da prisão preventiva estão previstas no art. 313:

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

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

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

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

*Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer*

<sup>83</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 969.

*elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.*

O inciso I é claro quanto à possibilidade de aplicação da prisão preventiva, somente para os crimes dolosos cuja pena máxima seja superior a 4 anos.

O inciso II possibilita a aplicação da prisão preventiva independente da pena que seja aplicada, desde que o agente seja reincidente em crime doloso, salvo se já “tiver decorrido o período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer a revogação”.<sup>84</sup>

O inciso III possibilita a aplicação da prisão preventiva para assegurar a execução de medidas protetivas de urgência, caso haja crime envolvendo violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

O parágrafo único é muito claro, isto é, é possível aplicação da prisão preventiva quando há dúvida sobre a identidade civil do agente ou quando ele não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Ainda é importante ressaltar que o art. 314 impede a decretação da prisão preventiva caso o Magistrado constate que a conduta criminosa esteja acobertada por alguma das causas excludentes da ilicitude previstas no art. 23 do CP.

Pois bem, deixamos para discorrer sobre os pressupostos ao final, pois nele também consta alteração legislativa.

Os pressupostos estão na parte final da redação do art. 312 do CPP:

*Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Grifo nosso).*

Essa era a redação do art.312 antes da publicação da Lei 13.964/19.

Imperioso notar-se que apenas dois eram os pressupostos de aplicação da prisão preventiva, a materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria.

Com a publicação da Lei 13.964/19, os pressupostos continuam previstos no final

---

<sup>84</sup> Art. 64 do CP.

do art. 312, porém, agora não são apenas dois, mas três os pressupostos de aplicação da prisão preventiva: materialidade delitiva, indícios suficientes de autoria e perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado:

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

Não houve grande novidade na inserção deste terceiro pressuposto, pois o Magistrado, para decretar a prisão preventiva, deve verificar o denominado *periculum libertatis* que sempre esteve presente nos fundamentos desta medida cautelar excepcional.<sup>85</sup>

A Lei 13.964/19 também inseriu um novo parágrafo no art. 312:

*§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência*

*concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.*

Então, é dever do Magistrado, ao fundamentar a decisão de prisão preventiva, a citação de existência ou receio do perigo gerado pelo estado de liberdade, vale dizer, o receio para garantia da ordem pública, ordem econômica, para garantia da aplicação da lei penal ou para conveniência da instrução criminal.

## **2.2. VEDAÇÃO DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO ANTECIPAÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PENA**

A Lei 13.964/19 também inseriu um novo parágrafo no art. 313:

*§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.*

<sup>85</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 317.

Evidente foi a intenção do legislador em deixar clara a diferença entre prisão cautelar e prisão definitiva.

Ora, a prisão cautelar, como já explanado no começo deste texto, não tem natureza satisfativa, mas sim instrumental. Como o próprio nome indica, tal medida judicial é cautelar, de modo que não tem o condão de enfrentar o mérito principal da questão, mas, tão somente, assegurar a eficácia do processo que está (ou estará) a se desenvolver.

### **2.3. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**

A Lei 13.964/19 alterou o art. 315, modificando o *caput*, inserindo dois parágrafos e seis incisos:

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

*§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.*

*§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:*

*I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;*

*II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;*

*III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;*

*IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;*

*V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;*

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

*juízo ou a superação do entendimento.*

O artigo 93, IX da Constituição Federal de 88 já determinava que as decisões do poder judiciário devem sempre ser fundamentadas:

*IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;*

Entretanto, é dever do Magistrado fundamentar suas decisões de forma concreta, isto é, não se atendo, por exemplo, apenas à letra da lei. Não basta que o Magistrado, ao decretar essa medida excepcional, mencione como fundamento, tão somente, a “garantia da ordem pública”, ou mesmo a “garantia da ordem econômica” etc.

A fundamentação tem por objetivo demonstrar os concretos motivos da tomada daquela decisão, de modo a ser conhecida a operação intelectual, as concretas razões do Magistrado e, possibilitando, assim, se for o caso, a impugnação do ato.

O inciso I do § 2º adverte ao Magistrado para que exponha, para que esclareça o motivo concreto daquela decisão, sob pena de nulidade.<sup>86</sup>

O inciso II do § 2º impede a fundamentação através de conceitos indeterminados, vagos, abstratos. Deve o Magistrado indicar concretamente as razões que o levaram a decretar a medida excepcional.

O Professor Renato Brasileiro exemplifica alguns conceitos indeterminados previstos no Código de Processo Penal brasileiro, como: a “garantia da ordem pública” (CPP, art. 312), o “logo depois” para fins de caracterização do flagrante presumido (CPP, art. 302, IV), a “doença grave” a fim de concessão de prisão domiciliar (CPP, art. 318, II) etc.<sup>87</sup>

O inciso III do § 2º tem por objetivo coibir o uso da fundamentação padrão, a fundamentação que serve para qualquer circunstância, ou seja, como bem escreveu a

<sup>86</sup> Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:  
(...)

V - em decorrência de decisão carente de fundamentação. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

<sup>87</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 327.

Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, citada pelo Professor Renato Brasileiro: decisão judicial tipo “vestidinho preto”.<sup>88</sup>

O inciso IV do § 2º combate a fundamentação que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Nada obstante alguns julgados dos Tribunais Superiores, sempre nos pareceu claro que o Magistrado deveria enfrentar todas as alegações das partes, sob pena de violação do contraditório e ampla defesa.

Pois bem, hoje se encontra positivada tal exigência.

O inciso V do § 2º determina que não se faz fundamentada a decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula sem demonstrar a sua pertinência com o caso concreto.

Portanto, não basta que o juiz apenas transcreva uma ementa para justificar sua decisão. O inciso não proíbe que se lance mão de precedentes ou enunciados de súmulas; apenas requer que se demonstre sua pertinência no caso concreto.

O inciso VI do § 2º, ao contrário do inciso V, determina que a decisão não se faz fundamentada quando ela for contrária a súmula, precedente, jurisprudência invocada pela parte sem demonstrar-se a existência de distinção no

caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Portanto, caso seja invocado pela parte algum precedente, o Magistrado está obrigado a enfrentá-lo. Caso entenda de forma contrária, deve justificar no caso concreto.

## 2.4. REVISÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

A Lei 13.964/19 alterou o art. 316, modificando o *caput* e inserindo um parágrafo único.

*Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Grifo nosso).*

*Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de*

<sup>88</sup> Apud LIMA, Renato Brasileiro de. p. 328.

*ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.*

A alteração ocorrida, tão somente, no texto do *caput* do artigo foi que o juiz poderá revogar (e sempre pôde) a prisão preventiva, de ofício ou a pedido das partes.

Acerca do parágrafo único, é sabido que a prisão preventiva é uma cautelar de caráter pessoal, que não possui prazo para findar, portanto, seu prazo está atrelado ao *fumus commissi delicti* ou ao *periculum libertatis*.

Significa dizer, portanto, que sua manutenção depende da não alteração fática, da não alteração aceca da fundamentação do decreto da prisão preventiva.

Por exemplo, não se justifica a manutenção de alguém sob custódia preventiva, com fundamento na “garantia da ordem pública” e da “conveniência da instrução criminal”, se já demonstrado que o submetido a cautelar não vai reiterar a conduta criminosa e se a instrução criminal já terminou.

O novo parágrafo único estabelece que a cada 90 dias se faça a revisão da manutenção da cautelar para que, caso haja alteração do estado das coisas, o Magistrado possa, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva.

## CONCLUSÃO

Em rápida análise, pontuamos e desenvolvemos as últimas alterações promovidas pela Lei 13.964/19 (Pacote anticrime) sobre a prisão preventiva.

Parece-nos que as alterações acerca dessa prisão cautelar estão em compasso com o contemporâneo entendimento sobre o cárcere, seja ele cautelar ou definitivo.

Muito se sabe das mazelas das prisões e os argumentos contrários ao encarceramento. Ainda mais de forma cautelar.

Parece-nos, portanto, que os cuidados que o legislador brasileiro tomou acerca das alterações deste ponto vêm sob medida ao direito processual penal contemporâneo.

Entretanto, devemos aguardar, pois só o tempo dir-nos-á.

## BIBLIOGRAFIA

ARAUJO, Renan. *Pacote anticrime. Reflexos no Código penal e no Código de Processo Penal: Estratégia*, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal: São Paulo, Revista dos Tribunais*, 2015.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*: 2ª Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal Volume único*, 5ª Ed., Salvador, Jus Podivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote anticrime*: Salvador, Jus Podivm, 2020.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*: 15ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2018.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*: 22ª Ed. São Paulo, Atlas, 2018.