

**A CONTEMPORANEIDADE ENQUANTO REQUISITO DA PRISÃO
PREVENTIVA: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*****CONTEMPORANEITY AS A REQUIREMENT OF PREVENTIVE DETENTION:
AN ANALYSIS OF RECENT JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR COURT OF
JUSTICE*****Deangelis Lacerda¹
Reis Friede²**

Resumo: A prisão preventiva, enquanto medida cautelar, deve ser utilizada apenas em último caso, sobretudo quando nenhuma outra medida menos gravosa for suficiente à espécie. Além disso, para que ela seja decretada, dentre outros requisitos, o juiz precisa observar obrigatoriamente a presença de fatos novos ou contemporâneos, sem os quais a referida medida não poderá ser colocada em prática, sob pena de violação do sistema jurídico brasileiro. Neste trabalho, de análise qualitativa, abordaremos o requisito da contemporaneidade sobretudo a partir da lei e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de modo a entender como o Tribunal tem decidido sobre a questão.

Palavras-Chave: Prisão. Preventiva. Contemporaneidade.

Abstract: Preventive detention, as a precautionary measure, should only be used as a last resort, especially when no other less burdensome measure is sufficient for the species. In addition, for it to be decreed, among other requirements, the judge must obligatorily observe the presence of new or contemporary facts, without which the said measure cannot be put into practice, under penalty of violating the Brazilian legal system. In this qualitative analysis work, we will address the requirement of contemporaneity mainly from the law and jurisprudence of the Superior Court of Justice, in order to understand how the Court has decided on the issue.

Keywords: Prison. Preventive. Contemporaneity.

¹ Coordenador e professor do curso de Direito do Centro Universitário Castelo Branco. Mestrando em Gestão do Trabalho para Qualidade do Ambiente Construído (MPGTQAC) pela Universidade Santa Úrsula. Foi aluno do programa de Doutorado Intensivo em Direito Penal da Universidade de Buenos Aires-UBA (2013/2015). Pós-graduado em Direito Público. Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Espírito Santo. Advogado.

² Mestre em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho e em Direito Público pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Professor do Mestrado Profissional em Gestão do Trabalho (MPGTQAC) da Universidade Santa Úrsula/USU.

*A CONTEMPORANEIDADE ENQUANTO
REQUISITO DA PRISÃO PREVENTIVA: UMA
ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA RECENTE
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*

*Deangelis Lacerda
Reis Friede*

Recebido em: 20/08/2023
Aceito em: 29/09/2023

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou um marco positivo na história contemporânea da nossa sociedade. Com ela foi inaugurada uma nova era, pautada no Estado Democrático de Direito, destinada a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Dentre outras funções, a CRFB/88 buscou garantir a igualdade entre homens e mulheres, a inviolabilidade da intimidade das pessoas, a proteção da liberdade, da propriedade, do consumidor, do trabalhador, a extinção das penas cruéis e de caráter perpétuo, do trabalho forçado etc. Não obstante, trouxe o constituinte a máxima de que até a sentença penal condenatória irrecorrível todos são considerados inocentes. Trata-se do princípio da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII). A partir disto, a estrutura legislativa brasileira contemplou duas espécies do gênero “prisão”, quais sejam, a “prisão sanção”, que é aquela que decorre, se for o caso, de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, e a “prisão cautelar”, que pode ocorrer durante a persecução penal (fase de investigação ou fase judicial), a depender da situação em concreto e desde que presentes os respectivos requisitos legais.

A segregação cautelar ou provisória de um indivíduo é medida que deve ser entendida como excepcional e, portanto, poderá ser utilizada apenas quando nenhuma outra medida cautelar for suficiente à espécie - já que a liberdade é a regra -, e desde que preenchidas as exigências das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Neste contexto, e considerando a relevância temática principalmente em razão do encarceramento em massa no Brasil, o que se pretende neste artigo, enquanto objetivo, é analisar especificamente a necessidade imposta pela lei ao julgador, agora, de que ao decretar a prisão preventiva, deverá indicar concretamente a existência de “fatos novos ou contemporâneos” que justifiquem a

aplicação da medida adotada (CPP, art. 315, § 1º), bem como a interpretação dada ao destacado dispositivo pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em casos que são concretamente levados a julgamento naquele órgão.

Para tanto, a partir de uma análise qualitativa, abordaremos o conteúdo legal pertinente, bem como os estudos doutrinários e as decisões do Superior Tribunal de Justiça correlacionadas, de modo a melhor compreender criticamente o assunto.

2 A PRISÃO PREVENTIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41) prevê o instituto da prisão preventiva no Capítulo III (da prisão preventiva), do Título IX (da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória). O tema foi substancialmente modificado pela Lei 13.964/19, que buscou aperfeiçoar as legislações penal e processual penal. Tal modalidade de prisão é considerada uma cautelar por excelência (BADARÓ, 2021). Ela se distingue da “prisão sanção”, que é aquela que decorre de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Neste sentido, é a lição de Afrânio Silva Jardim e Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim:

Hoje, já não pode restar a menor dúvida de que a prisão provisória em nosso direito tem a natureza acauteladora, destinada a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final, bem como a possibilitar regular instrução probatória. Trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso mesmo, de tutela da tutela. (JARDIM; AMORIM, 2018, p. 398).

Importante é a crítica de Hélio Tornaghi, quando aponta:

Pode parecer que a prisão provisória é injusta ou pelo menos que ela resulte injusta no caso em que, ao final, o réu é absolvido. Se ele não era culpado, como se explicará a prisão? Quem lhe devolverá o tempo perdido, a liberdade cerceada e todo o cortejo de males que ela lhe teria acarretado? Chega-se a afirmar que a prisão provisória deve ser aceita, porque necessária, mas que nem por isso deixa de ser injusta: ‘seria uma injustiça necessária’. E é até considerada

como pena, como antecipação de pena. (TORNAGHI, 1988, p. 5-6).

Esta posição é abastecida pelo princípio da presunção de não-culpabilidade, inicialmente concebido pelo Marquês de Beccaria, para quem a absolvição do acusado “não limpava a mancha lançada a sua honra, porque ele era misturado no cárcere aos condenados e porque a prisão antes da condenação, ao invés de ser uma custódia do réu, antes era um suplício, assim como era a própria pena de prisão.” (SILVA JUNIOR, 2008, p. 530).

E é justamente em decorrência do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade que “toda e qualquer prisão deverá se pautar na *necessidade* ou na *indispensabilidade* da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz ou do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade.” (PACELLI, 2019, p. 510).

O professor Weber Martins advoga na mesma direção, quando afirma que:

A presunção de inocência nasceu como uma ideia-força a influir no psiquismo geral, no sentido de fixar a imagem de um processo penal que não estivesse a serviço da tirania, mas que, ao contrário, desse ao acusado as garantias da plena defesa. Estabelecendo que o absolvido por falta de prova era presumido inocente, a regra atingia sua finalidade prática, como ideia-força, sem subverter a lógica. Pois uma coisa é declarar que não se considera culpado quem não foi condenado, como o fizeram os escritores medievais, e outra, bem diferente, é afirmar que o réu se presume inocente até que seja condenado. (JARDIM; AMORIM, 2018, p. 440).

Voltando ao Código de Processo Penal, especificamente em relação à prisão preventiva, Thiago Minagé leciona que:

Tradicionalmente, a prisão preventiva é classificada como uma medida cautelar de natureza pessoal ao lado da prisão temporária (Lei nº 7.690, de 1989). Por sua vez, chamam-se medidas cautelares as atividades jurisdicionais necessárias e adequadas para garantir a aplicação da lei penal, seja na fase de conhecimento, ou na fase de execução do processo. Em outras palavras, medidas cautelares têm por finalidade impedir o esvaziamento da própria atividade jurisdicional, visando garantir a eficácia de sua prestação. (MINAGÉ, 2017, p. 236).

Observação salutar é feita por Tourinho Filho (2007, p. 493), quando diz que “toda prisão que anteceda a uma condenação definitiva é preventiva.” Mas é possível ir mais longe para afirmar ser equivocado chamar a prisão cautelar, ou seja, aquela anterior à sentença penal condenatória transitada em julgado, de prisão provisória, na medida em que não há prisão perpétua no Brasil e, portanto, toda detenção há de ser provisória, inclusive aquela decorrente de condenação, já que finita. Pois bem. Nos termos do art. 311 do CPP, a prisão preventiva é cabível em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, sendo que o juiz somente poderá decretá-la se houver requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. A redação legal não deixa dúvida no sentido de que a cautelar preventiva não poderá ser decretada de ofício pelo magistrado, ou seja, sem requerimento prévio.

O maior problema do ativismo judicial - como a prisão de ofício, a produção de provas de ofício e até a condenação sem pedido (art. 385) - é a violação da imparcialidade, uma garantia que corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. (JOPES JR, 2021, p. 110).

Dito de outro modo, o Código de Processo Penal veda ao juiz determinar a segregação preventiva sem que tenha sido anteriormente provocado pelo Ministério Público, pelo querelante (no caso de ação penal privada), pelo assistente da acusação ou pela autoridade policial.

Tal ponto deriva do sistema acusatório, um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. É ele (sistema acusatório) que “assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciará, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva no processo penal.” (LOPES JR, 2016, p. 148).

E, aqui, vale lembrar a lição do professor Cordero (2012), para quem o grau de civilidade de um povo e as vantagens de se viver em um Estado Democrático de

Direito podem ser analisados também a partir do conteúdo da lei processual penal e da forma de sua aplicação na respectiva sociedade.

Destaca-se que a custódia preventiva, no caso de ação penal de competência originária dos tribunais, poderá ser decretada apenas pelo desembargador ou pelo ministro que for relator da respectiva ação penal.

Ademais, o dispositivo legal em análise estabelece em qual momento da persecução penal a prisão preventiva poderá ser acolhida, a saber, tanto durante a investigação criminal quanto no curso do próprio processo judicial, inclusive, neste último caso, depois de eventual sentença condenatória ainda não transitada em julgado, pendente de julgamento de recurso interposto pela parte.

Na sequência, dispõe o CPP, no art. 312, o seguinte:

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.

Note-se que para que a prisão preventiva seja decretada, além de requerimento prévio, o magistrado precisa observar aquilo que a doutrina chama de pressupostos positivos (BADARÓ, 2021), isto é, a eventual existência do crime (materialidade) e indícios suficientes de autoria, os quais compõem o *fumus commissi delicti*, e pelo menos uma das hipóteses de *periculum libertatis*, representado pelos requisitos da “garantia da ordem pública”, “da ordem econômica”, “por conveniência da instrução criminal” ou “para assegurar a aplicação da lei penal”.

Os pressupostos negativos serão posteriormente analisados, os quais também devem ser observados no caso em concreto.

Sobre o *fumus commissi delicti*, logicamente que a prova da existência do crime e os indícios de autoria não pressupõem certeza da ocorrência delitiva e de seu autor, o que só será possível com eventual sentença penal condenatória transitada em julgado, mas sim, como explica Aury Lopes Jr, de

sinais externos com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapaixonado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto. (LOPES JR, 2021, p. 112).

Ainda sobre este ponto, se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato ao abrigo de uma das causas de excludente de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito), não poderá impor a prisão preventiva (CPP, art. 314).

Como anteriormente afirmado, além do *fumus commissi delicti*, para que a custódia preventiva seja decretada é imperiosa a presença do *periculum libertatis*, enquanto situação de perigo ao normal desenvolvimento do processo (LOPES JR, 2021).

O *periculum libertatis* também está previsto na parte final do *caput* do art. 312 do Código de Processo Penal, precisamente na expressão “e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”.

Como dito, tal perigo da liberdade do sujeito passivo da relação processual é exteriorizado nos requisitos da “garantia da ordem pública”, “garantia da ordem econômica”, “conveniência da instrução criminal” ou “para assegurar a aplicação da lei penal”.

Parte dos supramencionados requisitos sofrem críticas acentuadas da doutrina, em especial o da garantia da ordem pública.

O professor Aury Lopes Jr., ao tratar da questão, leciona:

Por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante (...) Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer... Nessa linha, é recorrente a definição de risco para a ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão

preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que, se não houver prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a crença no aparelho estatal repressor. (LOPES JR, 2021, p. 117).

Badaró (2021) reforça o coro de que ordem pública é uma expressão vaga e de conteúdo indeterminado, sendo que essa ausência de um referencial semântico para a garantia da ordem pública coloca em risco a liberdade individual. A crítica também é lançada por Choukr (2011), no sentido de que o requisito da ordem pública dificilmente pode ser adequado com a presunção de inocência disposta na Constituição Federal.

Magalhães Gomes Filho esclarece que:

(...) à ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação de liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em “exemplaridade”, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitarem novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado. Parece evidente que nessas situações a prisão não é um instrumento a serviço do instrumento, mas uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade. (GOMES FILHO, 1991, p. 67-68).

De acordo com Távora e Alencar (2016, p. 917), “a decretação da prisão preventiva com base neste fundamento, objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal.” Para eles, “a ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social.” (TÁVORA; ALENCAR, 2016, 917). Geraldo Prado chega a afirmar que

(...) a inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da LexCult, Rio de Janeiro, v. 7, n. 3, p. 63-83, set./dez.. 2023

ordem pública (e da ordem econômica) não decorre exclusivamente do que ela não é: de não se tratar de medida cautelar. Esta prisão é inconstitucional também pelo que ela é: medida de polícia judicial que antecipa a punição, o castigo, e o faz mais gravemente desvinculada da questão controvertida do processo - se o acusado é penalmente responsável pela conduta que lhe é atribuída - valendo-se do processo como mero veículo ou pretexto para impor privação de liberdade. (PRADO, 2011, p. 142-143).

Ainda que considerada a definição dada pelos professores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar ao requisito da garantia da ordem pública, o fato é que a prisão preventiva assim fundamentada não busca necessariamente preservar a investigação ou mesmo o processo judicial, mas sim, em grande medida, colocar em prática alguns dos efeitos da condenação penal e da própria pena criminal, representando, em última análise, uma execução penal antecipada, o que não é juridicamente adequado.

Por seu turno, ainda seguindo a doutrina nacional, a garantia da ordem econômica tem por finalidade tutelar o risco criado a partir de condutas que, quando praticadas,

afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores. (LOPES JR, 2021, p. 118).

A garantia da ordem econômica, da mesma maneira que no caso da garantia da ordem pública, não representa essencialmente uma medida cautelar, porquanto não visa a assegurar os meios (cautelar instrumental) ou o resultado do processo (cautelar final), tendo, na verdade, a finalidade de permitir uma execução penal também antecipada.

A conveniência da instrução criminal é empregada quando o estado de liberdade do sujeito, de alguma forma, colocar efetivamente em risco o desenvolvimento do processo, da instrução criminal.

É dizer, a permanência da liberdade do investigado/acusado acaba por

prejudicar a coleta da prova ou, em grande medida, o desenrolar do processo, seja em razão de eventual destruição de documentos/provas ou de alteração do local do crime, seja porque está ameaçando, constrangendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos (LOPES JR, 2021), por exemplo.

Lembrando que é cabível a decretação da custódia preventiva por conveniência da instrução criminal não apenas na fase judicial, mas também durante a investigação, ou seja, na fase pré-processual. “Tal situação poderá ocorrer, por exemplo, quando o juiz, ainda no curso do inquérito policial, converta a prisão em flagrante em prisão preventiva (CPP, art. 310, *caput*, II).” (BADARÓ, 2021, p. 1189).

Porém, este fundamento não poderá ser utilizado no caso do investigado/ acusado que se recusar a colaborar com a instrução criminal, na medida em que isso violaria o seu direito de não produzir provas contra si mesmo, conforme disciplina a Constituição Federal (art. 5º, *caput*, LXIII).

Em continuidade, a prisão preventiva com o fim de assegurar a aplicação da lei penal quer evitar, por exemplo, que o imputado empreenda fuga e, por consequência, faça com que a sentença penal não seja efetivamente cumprida. Sobre este tópico, importante destacar que o risco de fuga não pode ser simplesmente presumido, de modo que a ausência de elemento concreto a demonstrar a pretensão ou a execução de fuga impede que o juiz possa lançar mão desse requisito para decretar a custódia preventiva do indivíduo.

O Código de Processo Penal ainda estabelece que “a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares” (art. 312, § 1º). Portanto, tendo sido anteriormente fixada qualquer medida cautelar pelo juiz, e caso ela tenha sido descumprida pelo suposto autor do delito, a prisão preventiva poderá ser manejada. Neste caso, a segregação se apresenta em substituição à medida alternativa desrespeitada pelo sujeito, que não foi, pelo menos a princípio, suficiente à espécie.

A legislação brasileira não deixa dúvida de que a decisão que decretar a

prisão preventiva deverá ser sempre motivada, fundamentada, sob pena de nulidade, sobretudo porque isso se origina de uma determinação constitucional (CF, arts. 5º, inc. LXI e 93, inc. IX; CPP, arts. 283, *caput*, 312, § 2º e 315). Significa dizer que juiz, ao decretar a custódia cautelar, deverá apresentar concretamente as razões que o levaram a decidir daquela maneira, providência necessária, inclusive, para viabilizar o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Pois bem. Além de prever que a prisão preventiva somente poderá ser levada a efeito se houver requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou representação da autoridade policial (art. 311), se forem preenchidos os requisitos do art. 312 (*fumus commissi delicti e periculum libertatis*) e se não estiver presente a causa impeditiva do art. 314, o Código de Processo Penal também exige pelo menos uma das hipóteses do art. 313, que assim dispõe:

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; (...)

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

De plano, nota-se que o art. 311 do CPP afasta a possibilidade de decretação de prisão preventiva em delitos culposos, admitindo-a apenas em relação aos crimes dolosos (inc. I).

Em se tratando de infração penal dolosa, indispensável que a pena privativa de liberdade máxima seja superior a 4 (quatro) anos, devendo ser considerada, para tanto, a presença de causa de aumento ou diminuição de pena, bem como do LexCult, Rio de Janeiro, v. 7, n. 3, p. 63-83, set./dez.. 2023

concurso material de crimes (CP, art. 69), em que as sanções são aplicadas cumulativamente.

Em seguida, o art. 313 do CPP admite a prisão preventiva quando o agente for reincidente em crime doloso (inciso II), ou quando o delito envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, de modo a garantir a execução das medidas protetivas de urgência (inciso III).

Minagé resume bem o ponto:

As hipóteses legais de cabimento constituem a primeira questão a ser observada pelo julgador e ocorrem em cinco situações distintas: **nos crimes dolosos com pena máxima privativa de liberdade superior a quatro anos** (artigo 313, I, do CPP); **em casos de reincidência em crime doloso** (artigo 313, II, do CPP); **nos casos de violência doméstica e familiar**, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (art. 313, III, do CPP); **para fins de identificação** (parágrafo único do artigo 313 do CPP) e **em caso de descumprimento de outras medidas cautelares** (parágrafo único do artigo 312 do CPP). Caso a situação não se enquadre em nenhuma dessas hipóteses, tal medida cautelar não será cabível. (MINAGÉ, 2017, p. 238).

Finalmente, o CPP ainda estipula que a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada (art. 282, § 6º).

É dizer: a prisão preventiva poderá ser utilizada durante a persecução penal, mas apenas em última hipótese, quando nenhuma outra medida cautelar menos gravosa for suficiente à espécie (princípio da excepcionalidade). Isso decorre, naturalmente, do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade (CF, art. 5º, inc. LVII).

Entretanto, ainda sobre este ponto, indispensável é a lição de Eugênio Pacelli:

Cabe consignar, no particular, que a expressão *em último caso*, relativa à decretação da prisão preventiva, em substituição a outra cautelar imposta e descumprida, não significa dever o juiz aplicar *todas as cautelares possíveis* antes de se recorrer a ela. Significa apenas que a preferência deve ser sempre pelo agravamento das medidas cautelares diversas da prisão. A lógica da ordem atual é a evitação do cárcere, sempre que possível. A escolha na substituição de uma cautelar por outra, e mesmo pela preventiva, dependerá de cada caso concreto, quando se examinará o tipo de cautelar descumprida e a necessidade e adequação de outra (condições pessoais do agente, gravidade do crime e suas circunstâncias - art. 282, II). (PACELLI, 2019, p. 540).

Trataremos a partir do próximo capítulo do tema central deste artigo, qual seja, da exigência de fatos novos ou contemporâneos para que a prisão preventiva seja decretada pelo juiz, cuja previsão está estampada no art. 312, § 2º do Código de Processo Penal, bem como a sua interpretação pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

3 O REQUISITO DA CONTEMPORANEIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como anteriormente afirmado, a Lei 13.964/19 alterou substancialmente o Código de Processo Penal, especialmente em relação à temática da prisão, das medidas cautelares e da liberdade.

Uma das importantes modificações do texto legal foi a determinação expressa de que o juiz, ao decretar a prisão preventiva, deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a medida adotada (CPP, art. 315, § 1º).

“Um importante avanço é a exigência do binômio concretude-atualidade, sem os quais não existe fundamento cautelar para justificar a prisão. Se não existe atualidade e concretude do risco, não existe *periculum libertatis*.” (LOPES JR, 2021, P. 121).

A questão da contemporaneidade dos requisitos da custódia preventiva

chegou aos tribunais, forjando uma jurisprudência sobre a matéria. Em inúmeros casos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), foco deste artigo, decidiu sobre o sentido e o alcance do art. 315, § 1º, do Código de Processo Penal. No *habeas corpus* nº 830422/SP, em decisão datada de 16/6/2023, da relatoria da ministra Laurita Vaz, a Sexta Turma do STJ decidiu:

(...) Pois bem, a decretação ou a manutenção da prisão preventiva depende da configuração objetiva de um ou mais dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Para isso, o Julgador deve consignar, expressamente, elementos reais e concretos indicadores de que o indiciado ou

acusado, solto, colocará em risco a ordem pública ou econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

É certo, ainda, que, de acordo com a microrreforma processual procedida pela Lei n. 12.403/2011 e dos princípios da excepcionalidade (art. 282, § 4.º, parte final, e § 6.º, do CPP), provisionalidade (art. 316 do CPP) e proporcionalidade (arts. 282, incisos I e II, e 310, inciso II, parte final, do CPP), a prisão preventiva há de ser medida necessária e adequada aos propósitos cautelares a que serve, não devendo ser decretada ou mantida caso intervenções estatais menos invasivas à liberdade individual, enumeradas no art. 319 do CPP, mostrem-se, por si sós, suficientes ao acautelamento do processo e/ou da sociedade.

No caso em apreço, a despeito dos elementos de autoria e da gravidade do delito, a prisão processual, *prima facie*, viola o princípio da contemporaneidade da medida constritiva em razão do decurso de longo período de tempo entre a ocorrência do fato supostamente praticado pelo Paciente (30/01/2018) e a data da decretação da custódia pela Corte local (01/06/2023), sem a demonstração de fato novo que justificasse tal medida.

Anote-se que não foram indicados elementos concretos que demonstrassem que, no período em que permaneceu em liberdade, o Paciente teria praticado outros delitos ou tinha o nítido intuito de se furtar à aplicação da lei penal. Nem mesmo ficou evidenciado que o Increpado tivesse ameaçado testemunhas ou familiares da vítima.

Não houve, portanto, a indicação de risco concreto e atual à ordem e à segurança públicas, ou à garantia da devida tramitação do processo. Como visto no trecho acima transcrito, o Juízo singular, mais próximo aos fatos, indeferiu o pedido de decretação da medida extrema assinalando que: a) o Paciente e outro acusado foram ouvidos pela Autoridade Policial, sendo "interrogados em mais de uma oportunidade, acompanhados de advogados em ambas as vezes"; b) "não se pode presumir que estejam fugindo da aplicação da lei"; c) embora se trate de feito com testemunhas protegidas, " não há qualquer comprovação que os acusados tenham as

ameaçado ou colocado suas vidas em risco"; e d) "inexistem nos autos elementos aptos a lastrear a custódia cautelar para conveniência da instrução criminal".

Registro que, consoante a pacífica jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, exige a contemporaneidade dos fatos justificadores dos riscos que se pretende evitar com a segregação processual (HC n. 529.837/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 29/11/2019)" (HC n. 574.582/RJ, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 23/6/2020, DJe de 30/6/2020; grifei).

Observo, ainda, que, ao analisar hipótese que também versava sobre ho micídio qualificado na forma consumada, esta Corte decidiu que "[a] falta de contemporaneidade do delito imputado ao paciente e a inoocorrência de fatos novos a justificar, nesse momento, a necessidade de segregação, torna a prisão preventiva ilegal, por não atender ao requisito essencial da cautelaridade" (RHC 83.083/MA, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEI RO, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017; sem grifos no original). (...)

Ante o exposto, DEFIRO o pedido liminar para, até o julgamento do mérito deste writ, substituir a prisão preventiva do Paciente, se por algum outro motivo não estiver preso, pelas medidas cautelares previstas nos incisos I (atendimento aos chamamentos judiciais); III (proibição de se aproximar e de manter contato pessoal, telefônico ou por meio virtual com os corréus, testemunhas e familiares da vítima); e IV (proibição de se ausentar da Co

marca sem prévia autorização judicial) do art. 319 do Código de Processo Penal, devendo o Juízo de primeiro grau especificar detalhadamente as

respectivas condições, com as advertências de praxe, podendo, ainda, estabelecer quaisquer outras medidas que reputar conveniente.

Advirta-se ao Paciente que a custódia preventiva poderá ser novamente decretada em caso de descumprimento das referidas medidas (art. 282, § 4.º, c.c. o art. 316 do Código de Processo Penal) ou de superveniência de fatos. (...)

Como se vê no caso em concreto, a ausência de contemporaneidade foi detectada justamente por inexistirem fatos novos entre a suposta prática delitiva e a decretação da prisão cautelar, de modo que tal circunstância acaba por impedir o cárcere preventivo.

Em outras palavras, o STJ interpretou literalmente o aludido dispositivo legal, sustentando que a não ocorrência de fato novo ocorrido durante o período de liberdade do cidadão faz com que o decreto prisional se apresente de forma a violar

o princípio da contemporaneidade.

E isso deve ser aplicado, conforme o caso citado acima, independentemente da gravidade do delito e dos elementos de autoria. É dizer, ter sido o crime praticado, por exemplo, mediante violência ou grave ameaça não é suficiente para afastar o requisito do art. 315, § 1º, do Código de Processo Penal, a não ser que tal circunstância seja contemporânea à própria decisão judicial de decreto de prisão preventiva.

Em outro julgado, precisamente o HC nº 814848/SP, da relatoria do ministro Sebastião Reis Júnior, a Sexta Turma do STJ decidiu da seguinte maneira, em acórdão assim ementado:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. JUÍZO ESTADUAL NÃO APRESENTOU DE FORMA INDIVIDUALIZADA COMO A LIBERDADE DO PACIENTE PODERIA COLOCAR EM RISCO A INSTRUÇÃO CRIMINAL, A ORDEM PÚBLICA E, TAMPOUCO, TROUXESSE RISCO À ORDEM ECONÔMICA. INEXISTÊNCIA DE FATO NOVO QUE JUSTIFIQUE A NECESSIDADE DA PRISÃO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE. FUNDAMENTOS ACRESCIDOS PELA CORTE FEDERAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. CONTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. POSSIBILIDADE.

1. A prisão preventiva pode ser decretada, desde que haja prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, em decisão motivada e fundamentada acerca do receio de perigo gerado pelo estado de liberdade da imputada e da contemporaneidade da necessidade da medida extrema (arts. 311 a 316 do CPP).

2. A despeito de o Juízo estadual tecer importantes considerações a respeito da gravidade do crime denunciado, não pontuou este, de forma individualizada, como a liberdade do ora paciente poderia colocar em risco a instrução criminal, a ordem pública e, tampouco, trouxesse risco à ordem econômica.

3. Some-se a isso o registro de que o paciente foi posto em liberdade em 25/3/2022, tendo permanecido solto por quase um ano até que fosse novamente decretada a prisão preventiva em decorrência do recebimento da denúncia, inexistindo, na referida decisão, qualquer registro quanto à alteração do contexto fático a tornar imprescindível a segregação preventiva, o que demonstra, ainda, a falta de contemporaneidade da medida.

4. Não cabe ao Tribunal de origem, em ação exclusiva da defesa, acrescentar fundamentos para justificar a manutenção da custódia, devendo cingir-se à análise dos argumentos lançados pelo Magistrado singular (RHC n. 75.559/MG, Sexta Turma, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe 30/5/2017).

5. Concedo a ordem a fim de substituir a prisão preventiva por medidas cautelares alternativas, a serem aplicadas pelo Juiz de piso, sem prejuízo de decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento de quaisquer das obrigações impostas ou de superveniência de motivos novos e concretos para tanto.

Aqui é possível perceber como o STJ tem examinado temporalmente o requisito da contemporaneidade, estabelecendo, quase que de maneira objetiva, prazos que podem ser utilizados como parâmetros para a análise da questão aqui discutida. Tal posicionamento também tem sido adotado pela Quinta Turma do STJ, conforme se observa no HC nº 735024/CE, da relatoria do ministro Olindo Menezes, em decisão datada de 21/4/2022:

(...) Do excerto, depreende-se que a motivação exarada na sentença, reiteração delitiva, foi afastada no habeas corpus concedido pelo Tribunal a quo, por causa dos apontamentos anteriores serem antigos, não guardando necessária relação de contemporaneidade apta a justificar a custódia. Além disso, no acórdão de apelação, apenas se manteve a fundamentação da sentença, que anteriormente já havia sido reconhecida como inidônea para determinar a prisão, sem acréscimo de fato novo.

A falta de contemporaneidade dos fatos imputados ao paciente e a ausência de elementos novos a justificar a necessidade de segregação, neste momento processual, torna a prisão preventiva ilegal, por não atender ao requisito essencial da cautelaridade. Com efeito, a urgência intrínseca às cautelares, notadamente à prisão processual, exige a contemporaneidade dos fatos justificadores dos riscos que se pretende com a prisão evitar. A esse respeito: HC 214921/PA - 6ª T - unânime - Rel. Min. Nefi Cordeiro - DJe 25/3/2015; HC 318702/MG - 5ª T - unânime - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - DJe 13/10/2015.

Nesse contexto, não havendo divergência na Sexta Turma acerca do tema, reconheço a ilegalidade arguida.

Ante o exposto, concedo a ordem liminarmente para revogar a prisão preventiva do paciente. (...)

Note-se que a Quinta Turma tem decidido no mesmo sentido da Sexta, colocando em prática aquilo que está disposto expressamente no art. 315, § 1º, do LexCult, Rio de Janeiro, v. 7, n. 3, p. 63-83, set./dez.. 2023

Código de Processo Penal. Essa convergência jurisprudencial é absolutamente importante, sobretudo porque gera maior segurança jurídica.

Outro exemplo: em 28 de junho de 2022, no HC nº 751542/SE, da relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, a Quinta Turma do STJ decidiu que:

(...) Exige-se, ainda, na linha inicialmente perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, e agora normatizada a partir da edição da Lei n. 13.964/2019, que a decisão esteja pautada em motivação concreta de fatos novos ou contemporâneos, bem como demonstrado o lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revelem a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime (HC n. 321.201/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 25/8/2015; HC n. 296.543/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 02/10/2014, DJe 13/10/2014). (...)

Todavia, após um ano do flagrante, a autoridade representou pela prisão preventiva sem apontar um motivo novo, superveniente, que justificasse a restrição da liberdade da recorrente, ao contrário de outros denunciados que estariam foragidos. Em outras palavras, a paciente voltou a ser presa pelos mesmos fatos, que estavam em apuração pela autoridade policial, sem registro de ocorrência superveniente que justificasse a prisão.

Como é cediço, "pacífico é o entendimento de que a urgência intrínseca às cautelares, notadamente à prisão processual, exige a contemporaneidade dos fatos justificadores dos riscos que se pretende com a prisão evitar. A falta de contemporaneidade do delito imputado ao paciente e a não ocor

rência de fatos novos a justificarem a necessidade de segregação tornam a prisão preventiva ilegal, por não atenderem ao requisito essencial da cautelaridade". (HC n. 493.463/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 11/6/2019, DJe 25/6/2019).

Portanto, o decreto de prisão é ilegal em relação à paciente por ausência de fundamentação válida. (...)

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, não conheço do habeas corpus. Contudo, concedo a ordem de ofício para revogar a prisão preventiva da paciente, ressalvada a possibilidade de aplicação de medidas cautelares que assegurem o desenvolvimento regular do processo. (...)

Interessante observar que este julgado, para além de destacar os contornos acerca da necessidade de fatos novos ou contemporâneos para a decretação da

prisão preventiva trazidos pela Lei 13.964/19, deixa claro que tal requisito já era exigido pelo Supremo Tribunal Federal e pelo próprio Superior Tribunal de Justiça em suas respectivas decisões sobre a matéria, sendo possível afirmar, então, que a citada modificação legislativa se deu a partir da evolução jurisprudencial. Portanto, não há dúvida de que o dispositivo legal aqui analisado tem sido efetivamente considerado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento dos casos concretos que são submetidos àquela Corte.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prisão preventiva, enquanto medida cautelar, deve ser utilizada no processo penal apenas em última hipótese, especialmente quando outras medidas menos gravosas não servirem para o caso em concreto.

Dito de outro modo, a prisão cautelar, especialmente em decorrência das determinações constitucionais antes citadas, não deve ser o primeiro recurso empregado, a não ser que nenhuma outra medida de menor gravidade seja suficiente. Para que a referida segregação seja colocada em prática, mister que os respectivos requisitos sejam observados, sobretudo aqueles dispostos a partir do art. 311 do Código de Processo Penal.

Dentre tais requisitos, está o exteriorizado no art. 315, § 1º do CPP, qual seja, o de que a prisão preventiva somente poderá ser decretada quando o magistrado indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Noutros termos, a decisão que eventualmente decretar a medida cautelar da prisão preventiva precisa necessariamente estar fundamentada em fatos novos ou contemporâneos, sem os quais não poderá o juiz assim proceder. Tal requisito reforça a ideia de cautelaridade da medida, no sentido de que ela serve para a proteção do processo, e não como uma espécie de antecipação de pena.

É exatamente por isso que o Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, tem concedido liberdade a cidadãos presos provisoriamente sem que

a competente decisão tenha efetivamente apresentado fatos novos, contemporâneos, recentes, que justificassem a medida.

E tais decisões, na verdade, além de construírem uma jurisprudência acerca do tema, acabam por confirmar a vontade do próprio legislador.

Finalmente, importante reforçar que a exigência de fatos novos ou contemporâneos para a decretação da prisão preventiva já era objeto de determinações do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça, de modo que a atualização legislativa também foi abastecida por esses movimentos judiciais.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 1 jul. 2023.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 830422/SP**. Relatora: Min. Laurita Vaz, Sexta Turma. Disponível em: <https://cpe.web.stj.jus.br/#/processo/202302007170>. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 814848/SP**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma. Disponível em: <https://cpe.web.stj.jus.br/#/processo/202301167883>. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 735024/CE**. Relator: Min. Olindo Menezes, Quinta Turma. Disponível em: <https://cpe.web.stj.jus.br/#/processo/202201045162>. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 751542/SE**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma. Disponível em:

<https://cpe.web.stj.jus.-br/#/processo/202201932360>. Acesso em: 13 jul. 2023.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual**: Comentários à Lei 12.403/2011. São Paulo: Forense, 2011.

CORDERO, Franco. **Procedura penale**. Milão, 2012.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito processual penal**: estudos, pareceres e crônicas. 15.ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**. Introdução crítica. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Prisões cautelares**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 4.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PRADO, Geraldo. **Excepcionalidade da prisão provisória**. Comentários aos artigos 311-31 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (Coord.). Medidas cautelares no processo penal: Prisões e alternativas: Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal**: teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.