

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Bia Makki Weinert

A NECESSIDADE DE CONGRUÊNCIA DA PRISÃO
PREVENTIVA COM REGIME DE CONDENAÇÃO

Passo Fundo

2019

Bia Makki Weinert

A NECESSIDADE DE CONGRUÊNCIA DA PRISÃO PREVENTIVA COM REGIME DE CONDENAÇÃO

Monografia apresentada ao curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da Profa. Dra. Gabriela Werner de Oliveira.

Passo Fundo

2019

Bia Makki Weinert

A necessidade de congruência da prisão preventiva com regime de condenação

Monografia apresentada ao curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da Profa. Dra. Gabriela Werner de Oliveira.

Aprovada em ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Gabriela Werner de Oliveira – UPF

Prof. Dr. _____ - _____

Prof. Dr. _____ - _____

Para minha família, meu maior exemplo de lealdade,
integridade e determinação.

Agradeço ao Universo por me permitir ter encontrado o Direito e estudado algo que amo. Aos meus pais e meu irmão pela educação e por serem exemplos de vida. A meu namorado pela compreensão e por estar sempre ao meu lado me dando apoio, incentivo e amor. Às minhas amigas e amigos pela compreensão, incentivo e por me tranquilizarem. Aos professores da minha vida inteira, que despertaram meu amor pela leitura, pelo estudo e pela justiça social, em especial à minha orientadora pela assistência e auxílio na presente pesquisa.

RESUMO

A pesquisa analisa a prisão preventiva a partir do viés da possível condenação do acusado a um regime menos gravoso, visando apurar se, por algum e, nesse caso, por que critérios, se poderia relaxar a segregação cautelar considerando a pena em concreto a ser aplicada. Para isso, desenvolve-se em um primeiro momento a caracterização das prisões cautelares como gênero, a partir de sua principiologia comum, e um estudo da prisão preventiva especificamente. Em seguida, o foco passa para o instituto das penas, aprofundando as teorias que as fundamentam e estudando as penas privativas de liberdade e a sua dosimetria. Essa caracterização é especialmente relevante uma vez que permite apurar a possibilidade de uma dosimetria prévia no momento de decretação ou revisão de uma prisão preventiva já decretada. Finalmente, tem-se a análise de 20 (vinte) ementas selecionadas do Tribunal de Justiça do RS, onde se verifica o acolhimento ou não das teses defensivas de possibilidade de relaxamento da prisão e seus fundamentos, sob o viés da doutrina. Tem-se, para tanto, enquanto estrutura de pesquisa a apresentação do seguinte problema: há necessidade de congruência entre prisão preventiva e eventual pena em concreto a ser decretada? Como objetivo geral, ademais, observa-se: verificar se há necessidade de congruência entre prisão preventiva e eventual pena em concreto a ser decretada. A pesquisa desenvolve-se por meio do método indutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica aliada à análise de decisões. Diante do estudo realizado tem-se que, pelo viés do princípio da proporcionalidade, é possível o relaxamento de uma prisão preventiva considerando-se que o provável regime de condenação seja menos gravoso; por outro lado, por vezes, pelos vieses da natureza cautelar e que se trata a prisão preventiva de instituto com objetivo diverso que o da pena, a segregação cautelar pode ser mantida ainda que verificada provável condenação mais branda e, em terceiro e último lugar, também pode ser mantida a prisão preventiva quando se considerar inviável a projeção da pena com os elementos dos autos.

Palavras-chave: Cautelar. Congruência. Pena Privativa de Liberdade. Prisão Preventiva. TJRS.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A PRISÃO CAUTELAR: PRINCÍPIOS E ESTUDO DA CONSIDERAÇÃO DA PENA EM CONCRETO A PARTIR DA PRISÃO PREVENTIVA	9
2.1 Da principiologia geral aplicável a todas as espécies de prisões cautelares	9
2.2 Da prisão preventiva – pressupostos, fundamentos, cabimento.....	15
3 DAS PENAS: TEORIAS E ESTUDO DA POSSIBILIDADE DE PROJEÇÃO	25
3.1 Das teorias da pena – prevenção e repressão geral e especial	25
3.2 Das penas privativas de liberdade: regimes e dosimetria	31
4 DA NECESSIDADE DE CONGRUÊNCIA ENTRE PRISÃO PREVENTIVA E PRISÃO PENA: ANÁLISE DE DECISÕES	43
4.1 Da metodologia de análise das decisões aplicada.....	43
4.2 Estudo das decisões selecionadas proferidas sobre a matéria no TJRS	45
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema o estudo acerca da necessidade de congruência entre prisão preventiva e o regime de condenação da pena a ser aplicada ao fim da instrução. A pesquisa surgiu a partir da observação empírica de situações em que, mesmo se antevendo que o acusado nos autos, se condenado, não seria condenado à pena privativa de liberdade a ser cumprida no regime fechado, por vezes era mantida a prisão cautelar e, por outras, era concedida sua liberdade provisória. Considerando-se o alto número de presos provisórios e de presos condenados no Brasil, surgiu o interesse em perquirir se, pela doutrina, legislação ou jurisprudência, havia algum impedimento ou permissão expressa quanto à incongruência entre os dois institutos e, se sim, com que fundamentos.

O problema de pesquisa, assim, restou contido na seguinte pergunta: a incongruência entre o regime da prisão preventiva decretada e eventual regime de condenação menos gravoso vai contra princípios constitucionais, processuais penais ou de direito material? Como hipóteses, afigurou-se, em primeiro lugar, a possibilidade de que não, pois a prisão preventiva não se trata de antecipação de pena e, portanto, não precisaria guardar relação com o resultado final do processo. Por outro lado, levantou-se a possibilidade de que sim, pois mesmo que não seja a prisão preventiva destinada a antecipação de pena, por vezes ela funciona como tal, e em razão de sua excepcionalidade e cautelaridade, deve guardar congruência com eventual pena em concreto, de acordo com os princípios que a regem da proporcionalidade e razoabilidade.

O trabalho, assim, objetiva verificar se a incongruência entre o regime da prisão preventiva decretada e eventual regime de condenação menos gravoso contraria princípios constitucionais, de direito processual ou material penal. Para responder ao problema de pesquisa, se buscará estudar no primeiro capítulo o tema a partir do direito processual penal, aprofundando-se o instituto das prisões cautelares e da prisão preventiva. No segundo, as lentes passarão ao direito material, estudando as penas. No terceiro, por fim, se abordará o tema a partir da jurisprudência, a partir da análise de vinte ementas selecionadas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a fim de verificar como e quais argumentos eram levantados pelos julgadores. A metodologia aplicada, assim, incluirá o método bibliográfico e, no terceiro capítulo, também a análise de decisões, a partir de um estudo qualitativo dentro do recorte institucional (selecionando-se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul), teórico (em decisões proferidas em Habeas Corpus, com as palavras-chave “prisão preventiva”,

“desproporcionalidade” e “regime diverso”), e temporal (decisões proferidas entre 05/07/2011 e 31/12/2018).

A presente pesquisa reveste-se de especial importância no cenário atual do ordenamento jurídico brasileiro, que continua enfrentando grave crise de segurança pública e superpopulação carcerária, situações complexas que exigem soluções também complexas, na busca de um equilíbrio coerente entre a justiça para com a sociedade, maculada pelo crime, mas também para com o acusado no processo penal. É um tema que, apesar de atual e recorrente, visto que o instituto da prisão preventiva é aplicado quase que de maneira indiscriminada, raras vezes é abordado diretamente, da maneira como se propõe aqui. Assim, a partir do viés doutrinário, jurisprudencial, constitucional e legal, o presente trabalho possibilitará um panorama das diversas posições quanto ao tema, bem como seu contraponto.

2 A PRISÃO CAUTELAR: PRINCÍPIOS E ESTUDO DA CONSIDERAÇÃO DA PENA EM CONCRETO A PARTIR DA PRISÃO PREVENTIVA

A fim de se analisar a necessidade ou cabimento de congruência entre o regime de prisão preventiva e regime de condenação, necessário, primordialmente, aprofundar-se no instituto das prisões cautelares, verificando se por sua principiologia e características genéricas há alguma previsão nesse sentido.

2.1 Da principiologia geral aplicável a todas as espécies de prisões cautelares

Ao se deparar com o estudo do próprio intuito da prisão, conveniente ressaltar pensadores que legitimaram e instituíram as noções basilares atuais, como Hobbes, Voltaire, Diderot, Carrara, entre outros. Com efeito, em suma todos consagraram a necessidade de imposição de limites à prisão cautelar. Beccaria, por exemplo, já explicitava

sendo a privação de liberdade uma pena, ela não pode preceder à sentença senão quando a necessidade o exige. A detenção é, portanto, a simples custódia de um cidadão até que seja considerado culpado, e sendo esta custódia penosa, deve durar o menos tempo possível e deve ser o menos dura possível [...] o rigor de vigilância não pode ser senão o necessário, ou para impedir a fuga, ou para não apagar as provas dos delitos” (1998, p. 103).

Aí dispunha, portanto, princípios elementares que norteiam até hoje as prisões, quais sejam, a necessidade, a celeridade, o elencar de hipóteses de cabimento, como o fizeram tantos outros pensadores. Contudo, vale nesse momento ressaltar a crítica realizada por Ferrajoli (2014, p. 509): apesar das críticas, nenhum desses pensadores cogitava a extinção do instituto da prisão preventiva. Em verdade, assim como Mirabete a qualifica como “fatal necessidade, dolorosa necessidade social perante a qual todos devem se inclinar” (2005, p. 416), Ferrajoli esclarece que, sob diferentes pretextos e interpretações do que em verdade significa essa necessidade ou perigo, a prisão preventiva restou legitimada por todo o pensamento liberal clássico.

Segundo o autor, tal legitimação restou na noção das prisões cautelares como intrínsecas aos sistemas processuais penais de todos os países europeus, o que, naturalmente, implicou e ainda implica na noção que envolve o instituto também no Brasil e até hoje. Assim, tecida essa necessária consideração sobre tal panorama, necessário partir a um estudo aprofundado dos institutos das prisões cautelares no processo penal brasileiro, que

necessariamente para seu real entendimento e interpretação partirá de uma leitura constitucional.

Com efeito, uma vez que a legitimação do Direito brasileiro decorre de uma interpretação conforme a Constituição, imprescindível que se considerem os principais preceitos fundamentais e suas implicações no processo penal. Roberto Delmanto Jr. (2001, p. 29), salienta, entre outros, o direito à liberdade e igualdade¹, dignidade da pessoa humana², garantia de desconsideração prévia de culpabilidade³, devido processo legal⁴, legalidade, vedando-se o encarceramento arbitrário⁵, cabimento prisão em flagrante e demais prisões cautelares⁶, manutenção da prisão⁷. Dá especial enfoque ao devido processo legal, ao que, ao lado de outros autores (Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, Rogério Lauria Tucci, Carlos Roberto de Siqueira Castro, etc), reforça os aspectos do “*substantive due process of law*” – dizendo respeito à proporcionalidade (abrangendo a razoabilidade e necessidade da aplicação de medida coativa e a própria regular elaboração da lei), enquanto que o “*procedural due process of law*” engloba a legalidade. Esses decorrem também de uma integração internacional, necessário referir, especialmente pelas previsões de tratados internacionais, em especial o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque e o Pacto de San José da Costa Rica. Pela sua análise conjunta, Delmanto conclui que

ao menos três direitos fundamentais são assegurados e garantidos pela nossa Carta Política, quais sejam, os da desconsideração prévia de culpabilidade e presunção de inocência, da legalidade e do duplo grau de jurisdição (2001, fl. 55).

Assim, embora inegavelmente a comunhão dos direitos expressos e mesmo implícitos constitucionalmente tenham, como um todo, influência no processo penal, esses três direitos são, na opinião do autor, os mais influentes, sendo a garantia da presunção de inocência o mais pungente ao processo penal brasileiro. Segundo Delmanto, esse direito decorre do entroncamento entre a dignidade da pessoa humana, direito à vida e direito à liberdade, traduzindo-se no princípio do “*favor libertatis*” ou “*in dubio pro libertate*” (2001, p. 58). Delmanto conclui que todos esses princípios expostos

¹ Art. 3º, I e IV c/c o artigo 5º, caput da Constituição Federal.

² Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.

³ Art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

⁴ Art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

⁵ Art. 5º, II e LXV da Constituição Federal.

⁶ Art. 5º, LXII e LXI c/c artigo 93, IX da Constituição Federal.

⁷ Art. 5º LXVI e LXXV da Constituição Federal.

exigem que toda prisão processual, ou seja, aquela que não se dá em cumprimento a uma sentença penal condenatória passada em julgado, seja exclusivamente cautelar, sob pena de significar punição antecipada. (DELMANTO JR., 2001, p. 81).

Aí, portanto, depreende-se a necessidade global das prisões, qual seja, que mantenha seu caráter cautelar e sua justificativa: para que não se desvirtue e implique em pena antecipada. É esse entendimento que norteia também os princípios específicos das prisões cautelares. Nessa seara, Aury Lopes Jr. (2017, p. 31), elenca a excepcionalidade (que considera o princípio mais essencial), a jurisdicionalidade e motivação, o contraditório, a provisionalidade, provisoriedade e, por fim, a proporcionalidade.

O princípio da excepcionalidade é decorrência natural do reconhecimento do estado de presunção de inocência. Reveste as prisões de caráter de última *ratio*. Nesse ponto, contudo, necessário tecer análise se a realidade do sistema carcerário brasileiro está em confluência com o caráter excepcional da prisão cautelar. Dados obtidos do Banco Nacional de Mandados de Prisão 2.0, iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) atestam que, em agosto de 2018, 40,14% dos presos em regime fechado eram provisórios, isso é, não tinham condenação em primeiro grau. A mesma pesquisa atestou que 24,65% dos presos, no mesmo sentido, eram condenados em primeiro grau em execução provisória, ou seja, não tinham sentença transitada em julgado. Isso implica dizer que de 10 (dez) presos, 04 (quatro) são provisórios, números alarmantes e em nada condizentes com a excepcionalidade da prisão cautelar. É a crítica que faz Aury Lopes Jr.

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 de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente (2017, p. 44).

Por outro lado, entretanto, há medidas legislativas e doutrinárias previstas considerando o cenário exposto e em respeito ao princípio da excepcionalidade, como a instituição de medidas cautelares diversas da prisão pela Lei n 12.403/11. Além disso, a excepcionalidade das prisões tem influência direta em todos os demais princípios. A motivação das decisões, por exemplo. Essa, por sua vez, não se origina apenas da previsão constitucional (artigo 5º, LIV e artigo 93, IX da Constituição Federal), mas também por expressa previsão no Código de Processo Penal, em seu artigo 315, o que reforça sua especial importância. Já a provisionalidade traduz o caráter de tutela de situação fática, pela constante

necessidade de análise da probabilidade e atualidade do *periculum libertatis* do acusado. A provisoriedade significa a estipulação de prazo. Com efeito, com exceção da prisão temporária e sendo especialmente relevante ao se considerar a prisão preventiva, como a seguir se tratará, a legislação é omissa em estipular duração razoável da prisão cautelar. Lopes Jr. (2017, p. 38) traz tentativas jurisprudenciais em estipular marcos temporais (utilizando como base os prazos de oferecimento da denúncia, prazo para audiência, etc.), todos, entretanto, prazos sem sanção, implicando em ineficiência na concessão de liberdade. A Lei 12.403/11, cujas alterações serão comentadas mais profundamente a seguir, teve o texto que previa estipulação de prazo para prisão preventiva vetado, permanecendo, portanto, a provisoriedade das prisões cautelares um princípio meramente abstrato, em geral.

O princípio da proporcionalidade, a exemplo da excepcionalidade, reveste-se de especial importância, pelo que cabe análise mais detalhada. O princípio engloba, entre diferentes definições doutrinárias, a necessidade, adequação e idoneidade da medida cautelar, o que Aury Lopes Jr. (2017, fl. 46) define como “proporcionalidade em sentido estrito”. Frequentemente funde-se ao princípio da razoabilidade. A adequação pressupõe que seja apta aos seus motivos e finalidade; assim, havendo medida cautelar diversa da prisão que sirva ao mesmo propósito buscado, essa deverá ser aplicada em detrimento da segregação. Lopes Jr., ao comentar o princípio, ressalta importante previsão do artigo 283, parágrafo 1º do Código de Processo Penal: o descabimento das medidas cautelares à infrações em que não for cominada pena privativa de liberdade. Comenta

Significa dizer que o juiz deve sempre atentar para a relação existente entre a eventual sanção cominada ao crime em tese praticado e aquela imposta em sede de medida cautelar, para impedir que o imputado seja submetido a uma medida cautelar que se revele mais gravosa do que a sanção porventura aplicada ao final (2017, p. 47).

É precisamente o comentário tecido pelo autor a preocupação que norteia o presente trabalho. A questão não é nova, sendo levantada também por Nucci, que aduz

[...] a proporcionalidade é o conjunto desses elementos, merecendo consideração no caso concreto. Exemplificando, réu primário, respondendo por roubo simples, sujeito a uma pena mínima potencial de quatro anos, com possível regime aberto ou semiaberto, não deve ser recolhido cautelarmente, pois desproporcional. Nem se deve debater a razoabilidade nessa hipótese. Por outro lado, acusado reincidente, em processo por latrocínio, sujeito a uma pena mínima de 20 anos de reclusão, por delito hediondo, pode remanescer preso provisoriamente por um lapso equivalente a seus meses (somente para exemplificar), sem sentença condenatória, pois proporcional. (2014, p. 552).

Percebe-se, portanto, que quando se vislumbra o instituto das prisões cautelares sobre o viés do princípio da proporcionalidade, a potencial condenação e mesmo a potencial pena a ser fixada assume especial relevância, notadamente pois seu caráter instrumental, que será aprofundado a seguir, se esvazia quando não há congruência entre a prisão cautelar e eventual pena, sendo especial preocupação doutrinária e, como se depreende da leitura dos artigos, progressivamente também legislativa a confluência com, no mínimo, condenação à pena privativa de liberdade.

Outros doutrinadores, como Delmanto Jr. (2001, p. 83-84), por sua vez, salientam também outro princípio, em verdade característica essencial de qualquer prisão cautelar, qual seja: seu caráter instrumental. As medidas cautelares são necessariamente instrumentais, ou seja, são adotadas em função do processo, para assegurar seu processamento, julgamento e eficácia da sentença proferida. Para a prisão cautelar, seu caráter instrumental é mais pungente, uma vez que, segundo o autor, nele reside sua diferenciação da prisão pena, pois só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório. É o que expõe também Lopes Jr.

as medidas cautelares não se destinam a ‘fazer justiça’, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através 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. [...] só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir ao processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional (2014, p. 864).

A necessidade da prisão, assim, deverá se fundamentar em necessidade instrumental (para o processo) ou final (com vistas à eficácia de eventual condenação) da custódia cautelar. Assim, chega-se à caracterização da prisão cautelar, que além de excepcional e proporcional deverá cumprir finalidade estritamente cautelar, qual seja, instrumental.

Nesse ponto, importante ressaltar avanços legislativos que consideraram os princípios e a realidade exposta. Em especial, nesse aspecto e para o estudo aqui proposto, imperativo, assim, salientar as alterações legislativas da Lei 12.403/11 no Código de Processo Penal, que instituiu as medidas cautelares diversas da prisão. Garcete (2011, p. 3) expõe que antes da Lei 12.403/11 o sistema da prisão cautelar se caracterizava como binário ou bipolar, pois limitava-se à prisão ou liberdade provisória irrestrita. Com o advento da Lei, passou-se a operar o sistema multicautelares, visto que surgem ao Magistrado outras opções cautelares antes da decretação da prisão. Nucci (2011, p. 21) explica que a Lei adveio para reforçar o caráter excepcional da segregação, em confluência com os fundamentos constitucionais. Salienta,

nesse sentido, a incompatibilidade especialmente dos crimes considerados inafiançáveis e traça importante questionamento, a exemplo do que se faz nesse estudo: “se o condenado fica solto, qual a razão de ser para manter o acusado preso?” (NUCCI, 2011, p. 21). É precisamente o norte do problema aqui trabalhado. A referida Lei incluiu ao CPP os artigos 282⁸ e 319⁹.

Para o presente estudo, o que se faz imprescindível apontar é a evolução legislativa, acompanhando, mesmo que lentamente, evolução social, em busca de garantir os princípios norteadores das prisões cautelares, em especial seu caráter de última *ratio*. Assim, havendo possibilidade de aplicação de medida cautelar diversa da prisão, essa deverá ser imposta no

⁸ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

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

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1o As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2o As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3o 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.

§ 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.

§ 6o A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

⁹ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

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

IX - monitoração eletrônica.

§ 1o (Revogado).

§ 2o (Revogado).

§ 3o (Revogado).

§ 4o A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

lugar da prisão. Távora e Alencar (2014, p. 504) explicam que, apesar das alterações, não há impedimento para que o Magistrado decreta, tão logo, a prisão; o fazendo, entretanto, necessariamente deverá fundamentar o porquê considera que não se afigura possível a aplicação das medidas cautelares.

Feitas, assim, as necessárias considerações acerca da principiologia básica e características das prisões cautelares e das medidas cautelares diversas da prisão, incluídas no sistema processual penal pela Lei 12.403/11, cabível a análise detalhada das espécies de prisão cautelar.

2.2 Da prisão preventiva – pressupostos, fundamentos, cabimento

Conforme exposto, os princípios brevemente pontuados são aplicáveis à todas as espécies de prisão provisória, quais sejam, a prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.

No presente trabalho busca-se estudar se há necessidade, seja pela análise da principiologia genérica ou pelos requisitos específicos e forma de aplicação dos institutos das prisões cautelares, de congruência entre a prisão cautelar decretada (necessariamente, portanto, em regime fechado) e eventual regime de condenação. Como visto, há diversas espécies de prisão cautelar, entre as quais, em especial, a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva.

Partindo de uma sucinta análise, é possível constatar que cada instituto tem diferente objetivo, embora todos resultem em segregação do acusado. A prisão em flagrante cabe, em suma, quando flagrado o delito durante a ação delitiva, de forma que se intenta a dar providência imediata e regularizar a conduta nos termos da lei, com a condução do acusado à Delegacia para registro da ocorrência. É, ao entendimento de alguns autores, ato administrativo (Walter Nunes da Silva Junior) ou medida pré-cautelar (Aury Lopes Junior). Por força de expressa previsão legal, a sequência de atos procedimentais atinentes à prisão em flagrante deverá findar em 24 (vinte e quatro) horas. A manutenção da segregação, portanto, só se dará com a decretação de prisão preventiva.

Já a prisão temporária encontra, conforme previsões da Lei n 7.960/89, além de prazo especial e consideravelmente curto, requisitos específicos, sendo estritamente cabível para determinados tipos de delitos e em casos que permitem pouca interpretação do julgador. A

manutenção da prisão do indivíduo geralmente se dá, também, portanto, pela sua conversão em prisão preventiva.

Considerando-se, assim, que a prisão preventiva é o fundamento majoritário das prisões atualmente e que é o instituto que possui cláusulas mais abertas, dando azo à maior discricionariedade às partes envolvidas em sua decretação e manutenção, além da impossibilidade factível de aprofundamento na tentativa de cobrir todas as hipóteses de prisão a fim de contrapô-las ao regime de condenação, o presente trabalho passa à análise específica da prisão preventiva, intentando verificar se, por previsão legal ou doutrinária, por ora há impedimento para sua decretação e manutenção se incompatível com a pena imposta quando do fim da instrução criminal.

A prisão preventiva é instituto que se encontra regulado no Código de Processo Penal brasileiro, nos artigos 311 ao 316¹⁰.

Como exposto anteriormente, portanto, historicamente a ideia da prisão cautelar e especificamente a prisão preventiva encontra-se interpretado como “mal necessário” e está intrinsecamente relacionada às noções basilares de justiça e processo penal. É considerada, assim, indispensável, mas sempre em confluência com os princípios comuns à quaisquer prisões cautelares, que em verdade assumem especial roupagem na prisão preventiva, uma vez que, como se verá, é a prisão com cláusulas mais abertas, cuja interpretação, portanto, deverá ser feita sempre em harmonia com as demais previsões constitucionais e legais.

¹⁰ 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, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

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.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o).

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;

IV - (revogado).

Parágrafo único. 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.

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

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

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Já no estudo quanto ao momento de decretação é possível perceber esse caráter discricionário. Como explica Aury Lopes Jr.

a prisão preventiva pode ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, inclusive após a sentença condenatória recorrível. Ademais, mesmo na fase recursal, se houver necessidade real, poderá ser decretada a prisão preventiva (com fundamento na garantia da aplicação da lei penal) (2014, p. 849).

Quanto ao momento de cabimento, portanto, verifica-se ser instituto amplo. Os requisitos para decretação da prisão, por sua vez, são variados. O primeiro, também chamado de pressuposto por autores como Távora e Alencar (2014, p. 732), se traduz no *fumus comissi delicti*. Lopes Jr. o explica na necessidade de juízo de probabilidade para decretação da medida, com um predomínio de razões positivas, que indiquem a provável ocorrência de conduta ilícita (2014, p. 852). O *fumus comissi delicti* é o fundamento expresso pelo Código de Processo Penal em seu artigo 312, que indica “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”.

Já a completude do artigo 312 prevê o fundamento da prisão preventiva, qual seja, o *periculum libertatis*, ou seja, o perigo na liberdade do indivíduo, que deverá, por força da lei, significar em “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”. Távora e Alencar (2014, p. 733) relembram que não mais subsiste no sistema processual penal hipótese de segregação preventiva obrigatória como outrora, quando o acusado por crime com pena máxima igual ou superior a dez anos necessariamente responderia à persecução penal preso. Portanto, a gravidade do delito não mais é suficiente por si só para fundamentar a segregação, sendo vetor interpretativo para se verificar a proporcionalidade da medida cautelar imposta. Já o artigo 313¹¹ expressa os casos em que a prisão preventiva pode ou não ser decretada.

Aury comenta sobre o inciso I (2014, p. 858) que não se admite prisão preventiva para crimes culposos. Sendo doloso, o critério de proporcionalidade estipula que a pena máxima cominada deve ser superior a 04 (quatro) anos. Ressalta, também, que tal critério coaduna-se com os demais, devendo a decretação da prisão preencher o requisito do *fumus comissi delicti*,

¹¹ 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;
 IV - (revogado).

o *periculum libertatis* e o máximo da pena cominada. O autor tece importante comentário ao presente estudo

Ademais, é importante sublinhar que o artigo 313, I do CPP apenas procurou estabelecer coerência e harmonia com o artigo 44 do Código Penal. Com a Lei n. 9714/98, a pena privativa de liberdade do réu condenado por crime cometido sem violência ou grave ameaça deve ser substituída por restritiva de direitos. Ora, se o réu, nestes casos, ainda que ao final do processo venha a ser condenado, não será submetido à prisão, como justificar uma prisão cautelar? Como legitimar uma prisão preventiva nos casos em que, ainda que condenado ao final, o réu não será preso? (2014, p. 859).

Embora não ampliado aos casos de condenação à pena de prisão, porém em regime menos gravoso, como aqui se pretende fazer, é tal questionamento que fundamenta a necessidade do presente estudo. Ainda, a consideração feita pelo autor coaduna-se com os números de estudo do BNMP que constatou que 37% dos presos provisórios não foram condenados à penas privativas de liberdade. Tal número, que certamente influenciou a decisão do legislador na fixação da pena a que cabe a prisão preventiva, claramente não foi suficiente em evitar o panorama, visto que apesar da inclusão da previsão pela Lei 12.403/2011, ainda em 2017 se constatou o número elevado de incongruência entre prisão provisória e condenação à pena privativa de liberdade.

Em verdade, aprofundando-se no estudo que aqui se propõe, sob determinado raciocínio a incongruência entre a prisão preventiva e condenação à pena de prisão em regime menos gravoso é mais grave que decretação de prisão preventiva e absolvição. Isso pois, independente de, ao fim e ao cabo, se haver constatado não haver, por algum motivo, se confirmado os indícios de autoria e materialidade do fato na instrução criminal, esses continuavam presentes para a decretação da prisão preventiva. Houve, portanto, justo motivo para decretação da prisão, que somente não se confirmou. No caso da condenação, entretanto, se confirma que há autoria e materialidade, porém a punição necessária para a conduta apurada não merece pena de prisão em regime fechado. Há, assim, incompatibilidade uma vez que o fato, o delito apurado, não comporta a punição que lhe foi dada.

Retornando-se, entretanto, à análise do artigo, o inciso II, por sua vez, prevê o cabimento da prisão preventiva ao reincidente em crime doloso, ao que parece independente da pena cominada ao delito ora apurado. Aury Lopes Jr. interpreta que nessa previsão a lei não respeitou o próprio princípio expresso da proporcionalidade e do *non bis in idem* (2014, p. 860). O autor inclusive questiona qual o caráter cautelar dessa prisão, pois pune o acusado meramente por ser reincidente e entende, portanto, que o inciso não justifica a prisão

preventiva de forma isolada. Não é o entendimento de Távora e Alencar, que interpretam o artigo aduzindo o cabimento da prisão ao reincidente mesmo que o novo crime tenha pena igual ou inferior a quatro anos (2014, p. 737).

O inciso III do artigo instituiu caráter de eficácia à medidas protetivas aplicadas, em casos de vulnerabilidade doméstica. Lopes Jr. rebate veementemente a redação não só do inciso mas da própria Lei n. 11.340/06, concluindo, por uma interpretação sistêmica, a necessidade de preenchimento do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, bem como do próprio limite legal do inciso I (crime doloso cuja pena máxima seja superior à quatro anos) para decretação de prisão preventiva fundamentada nesse inciso, que seria, portanto, supletivo aos demais incisos (2014, p. 861). É o mesmo raciocínio que aplica à previsão do parágrafo único, que também entende necessário ser interpretado sistematicamente com o próprio CPP e a Lei n. 12.037/09, que regulou a identificação criminal. Távora e Alencar, por sua vez, acompanham Aury Lopes Jr. quanto à necessidade de preenchimento do *fumus comissi delicti e periculum libertatis*, porém entendem que o descumprimento de uma medida protetiva, por si só, pode, no caso concreto, significar ofensa à ordem pública, sendo assim aceitável a prisão fundamentada exclusivamente nesse artigo, para crime com qualquer previsão de pena (2014, p. 738). Cumpre salientar que a posição de Távora e Alencar é a majoritária na jurisprudência.

Feitas tais considerações, necessário passar-se à análise separada de cada um dos fundamentos da prisão preventiva.

A garantia da ordem pública, primeira previsão do texto legal, é facilmente constatável por qualquer análise empírica o principal fundamento avocado para decretação de uma prisão preventiva. Isso pois, como explicam os doutrinadores, é a cláusula mais aberta dos fundamentos, permitindo uma variedade de interpretações. Lopes Jr. (2014, p. 860) elenca as principais interpretações dadas: sinônimo de clamor público, ou seja, abalo social; gravidade ou brutalidade do delito; credibilidade das instituições, no sentido em que se não houver prisão, o sistema administrativo de justiça perderá credibilidade; prevenção de “linchamento”, esse segundo o autor já cabalmente refutado, pois se consagra ser, em verdade, um paradoxo inexorável privar um indivíduo de sua liberdade para assegurar, em tese, sua segurança. Por fim, cita também o risco de reiteração delitiva, em especial quando o acusado já possui antecedentes e/ou possui diversos crimes imputados. É um fiel panorama e resumo das posições de diversos doutrinadores e da jurisprudência.

Nucci, por exemplo, nessa seara, assevera que a cláusula deve ser visualizada por um trinômio: gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente (2014, p.

553). Távora e Alencar, por sua vez, filiam-se à corrente intermediária, que entende, por meio de interpretação constitucional, que a garantia da ordem pública encontra-se em perigo quando o criminoso oferece risco pela possível prática de novas infrações (2014, p. 734). Critica também as prisões fundamentadas na interpretação da cláusula como credibilidade da Justiça ou preservação da integridade do acusado, assim como na gravidade em abstrato do delito, conforme suprarreferido

Destarte, a gravidade da infração ou a repercussão do crime não seriam fundamentos idôneos à decretação prisional. Cabe ao técnico a frieza necessária no enfrentamento dos fatos, e se a infração impressiona por sua gravidade, é fundamental recorrer-se ao equilíbrio, para que a condução do processo possa desaguar na punição adequada, o que só então permitirá a segregação. Caso contrário, estaríamos antecipando a pena, em verdadeira execução provisória, ferindo de morte a presunção de inocência (2014, p. 734).

A principal preocupação dos estudiosos quanto à aplicação indiscriminada da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, assim, é sua conversão de medida instrumental em medida de punição antecipada, desvirtuando-se, assim, o verdadeiro intuito da segregação cautelar. Tourinho Filho, ao comentar sobre a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública ou ordem econômica comenta que

não se pode perder de vista que o nosso diploma processual data de 1942 e foi elaborado durante um regime ditatorial. Àquela época, o nosso ordenamento não conhecia o princípio da presunção de inocência como dogma constitucional, ou, se o conhecia, dele fez tábula rasa. Hoje, sim, é dogma de fé. Como a prisão preventiva tem caráter eminentemente cautelar, fácil concluir que as duas últimas circunstâncias autorizadas da medida extrema repousam na conveniência da sociedade ou têm um critério meramente utilitário. Em suma: seus fins são inegavelmente extraprocessuais. Não tendo, como de fato não têm, caráter cautelar, elas representam, sem a menor sombra de dúvida, antecipação de pena (2013, p. 552).

Nesses casos, então, a prisão preventiva deixa de ter seu caráter cautelar e instrumental para assumir funções de pena, que serão aprofundadas no segundo capítulo. Com efeito, Sanguiné (2003, p. 114) aduz: “[...] isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza”. Aury Lopes Jr. reforça no mesmo sentido, aduzindo que, não raro a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública reveste-se de busca por prevenção geral e especial e retribuição, funções exclusivas da pena, que jamais devem ser buscadas cautelarmente (2014, p. 875). Tourinho Filho avança

Quando se decreta a prisão preventiva como garantia da ordem pública, o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão ‘ordem pública’ diz tudo e não diz nada (2013, p. 555).

Assim, as prisões provisórias fundamentadas na garantia da ordem pública e na garantia da ordem econômica, conforme crítica doutrinária, não cumprem seu caráter cautelar, servindo como pena antecipada. Se, embora sem intenção, é a isso que servem, nesses casos a necessidade de congruência entre a prisão cautelar e a prisão pena se torna ainda mais pungente, pois é inadmissível que se admita sanção cautelar mais gravosa que a pena em concreto aplicada. Nos casos em que se verifica incongruência, pode-se dizer estar diante de mais que antecipação de pena, mas de violação do princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, entretanto, cabível para o presente estudo tecer a seguinte análise: se a preocupação é quando a prisão cautelar opera como verdadeira antecipação de pena, é lógico concluir que nas oportunidades em que não opera, ou seja, cumpre seu caráter cautelar, não há necessidade de congruência entre a segregação provisória e eventual condenação. Isso pois cada instituto serve a um propósito. Por outro lado, pode-se concluir, portanto, nesse raciocínio, que a necessidade de congruência se afigura possível quando há o desvirtuamento da segregação cautelar. Esse desvirtuamento, entretanto, não necessariamente se corrigirá com uma consideração da pena a ser imposta, mas da simples aplicação correta do instituto da prisão cautelar.

Quanto à garantia da ordem econômica, Aury Lopes Jr. (2014, fl. 866) explica que foi requisito incluso no CPP pela Lei n. 8.884/94 (Lei Antitruste) a fim de tutelar a harmonia do sistema econômico quando ameaçado por condutas criminosas. É fundamento pouquíssimo utilizado na prática forense, que geralmente enquadra a previsão na “garantia da ordem pública”, razão pela qual não merece maiores considerações.

Já a conveniência da instrução criminal como fundamento da prisão preventiva se justifica pela tutela da prova na persecução penal. Aury Lopes Jr. ressalta a inadequação do termo “conveniência” (2014, p. 856), uma vez que traz caráter aberto e discricionário incompatível com os princípios da excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade da medida cautelar em questão. Feita essa ressalva, entretanto, explica que

aqui, o estado de liberdade do imputado coloca em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja porque ele está destruindo documentos ou alterando o local do crime, seja porque está ameaçando, constrangendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos (2014, p. 856).

Depreende-se, portanto, como suprarreferido, que o que se busca tutelar com a prisão nessa hipótese é o bom andamento processual, a garantia da instrução probatória. Em análise preliminar, considerando o objetivo do instituto da prisão para conveniência da instrução criminal, pode-se considerar hipótese para a qual não há necessidade de congruência entre o regime cautelar e o regime de condenação. Isso pois se destina a garantir a cabível aplicação da pena, seja ela qual for, não funcionando, como por vezes ocorre na prisão fundamentada exclusivamente na garantia da ordem pública, como antecipação de pena. Badaró (2008, p. 389-390) considera essa e a garantia de aplicação da lei penal as únicas duas hipóteses em que a prisão preventiva cumpre verdadeiramente seu caráter instrumental. Por outro lado, há que se considerar a previsão do artigo 316 do CPP, pois uma vez findada a instrução criminal, não subsistirá motivo para a prisão, devendo essa ser revogada.

O que não se pode olvidar, entretanto, é a possibilidade de aplicação também desse fundamento para qualquer situação, em razão de um perigo abstrato de intimidação de testemunhas ou destruição de prova. Não existindo indícios concretos de que o acusado tem possibilidade ou motivos para tal, não deverá ser aplicável a prisão por conveniência da instrução criminal, independente, nesse caso, do regime de condenação posterior, mas por simples respeito aos princípios das prisões cautelares já extenuantemente tratados. Aury Lopes Jr. critica, precisamente, a presunção de ‘necessidade’ da prisão cautelar fundamentada na conveniência da instrução criminal (2014, p. 874). Expõe que, em verdade, a prisão vêm sendo utilizada mais por conveniência para o Estado que por real necessidade. Isso pois, por um lado, a tutela da prova pode e deve ser explorada por outros meios que não o encarceramento do indivíduo, seja por antecipação de provas ou inovações tecnológicas, não podendo o réu arcar com a incompetência e morosidade estatal. É o mesmo raciocínio que se faz quanto ao fundamento de “medo e temor” de vítimas e testemunhas, pois também cabe ao Estado protegê-las. A qualquer pretexto, verifica-se que também a prisão fundamentada na garantia da instrução vem sendo desvirtuada.

Ao fim, o argumento da garantia de aplicação da lei penal transparece tutela tipicamente cautelar, que busca resguardar a eficácia da sentença e do próprio processo criminal. É aplicável quando há risco de fuga do acusado. Aury Lopes Jr., entretanto, ressalta que tal risco não poderá ser presumido, mas fundamentado em circunstâncias concretas (2014, p. 856).

Sobre tal requisito, mais complicado é a análise preliminar de necessidade de congruência com o regime de condenação. Embora, por um lado, justifica-se pela necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, seja ela da maneira que for (regime ou substituição de

pena), parece um pouco incoerente segregar um acusado a fim de garantir que cumpra, posteriormente, pena menos gravosa. Impõe-se sanção cautelar de segregação, eminentemente, saliente-se, excepcional, para garantir a aplicação de outra sanção mais branda. Traçando um paralelo com o processo civil, em que as sanções cautelares são patrimoniais e, portanto, com impactos infinitamente menores ao bem-estar do réu, é como se se impusesse multa de, diga-se, R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para assegurar, ao fim do processo, pagamento de dívida de R\$ 1.000,00 (mil reais). Entretanto, trata-se de situação pior, pois embora no processo civil os valores indevidos possam, se for o caso, ser restituídos corrigidos monetariamente e até mesmo com juros, jamais se poderá fazer o mesmo com o tempo e a liberdade restringida do acusado no processo penal. Assim, considerando-se tais circunstâncias, por ora entende-se que também para o fundamento de assegurar a aplicação da lei penal deverá a medida cautelar considerar o regime de condenação.

Lopes Jr. (2014, p. 870) esclarece que, em suma, todos os fundamentos elencados deverão se pautar em indícios do caso concreto, não em suposições ou ilações, sempre se considerando o *periculum libertatis*, ou seja, qual realmente é o perigo representado pela liberdade do indivíduo. O autor reforça que a lei prevê medidas cautelares diversas tão eficientes quanto uma segregação para evitar eventual fuga, tais como o comparecimento periódico em juízo, proibição de ausentar-se da comarca ou país, etc. ou medidas assecuratórias. Além disso, defende que o risco de fuga não pode ser entendido a partir da gravidade do delito ou de rótulos como “crime hediondo”, uma vez que, segundo Carnelutti (2009, p. 71) o próprio princípio da presunção de inocência engloba a presunção de obediência do acusado. Assim, também esse instituto é objeto de críticas como fundamento de qualquer segregação cautelar.

Por fim, merece menção a inclusão pela Lei 12.403/11 da possibilidade de decretação da prisão preventiva na ocasião de descumprimento das medidas cautelares impostas (previstas no artigo 319, *caput*, do CPP). Segundo Nucci (2011, p. 69), essa providência é essencial para credibilizar o instituto das medidas alternativas, de forma que admite a prisão preventiva, nessas hipóteses, para qualquer crime (sem ter, portanto, de seguir os demais requisitos expressos no artigo 313, *caput*, do Código de Processo Penal).

Depreende-se, portanto, do estudo até então feito, que a principal preocupação da doutrina mormente à prisão cautelar é com o desvirtuamento de seu caráter excepcional e instrumental, de modo que não venha a funcionar como pena antecipada; por conseguinte, manifesta por vezes a necessidade de congruência entre a prisão provisória e regime de eventual condenação, principalmente em decorrência, assim, do caráter instrumental da prisão

e do princípio da proporcionalidade. Idem, também a legislação processual penal já mostra reflexos dessa preocupação, como operado pelo artigo 313¹², inciso I do Código de Processo Penal, que esboça a busca por confluência com o artigo 44¹³ do Código Penal, que será aprofundado a seguir. Necessário, assim, a fim de se seguir no estudo, a análise por meio do viés da condenação, a partir do estudo das penas, para verificar se de seu estudo aprofundado se extrai preocupação legislativa ou doutrinária com sua congruência com eventual prisão provisória decretada.

¹² 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;

¹³ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

3 DAS PENAS: TEORIAS E ESTUDO DA POSSIBILIDADE DE PROJEÇÃO

Feito o necessário estudo acerca das prisões cautelares, cabível a análise do segundo elemento da pesquisa aqui proposta: as penas, verificando se por sua exploração existe necessidade de congruência entre eventual prisão cautelar decretada com a pena aplicada. Imprescindível, assim, o estudo das finalidades, características e da aplicação das penas.

3.1 Das teorias da pena – prevenção e repressão geral e especial

A evolução das noções sobre pena está intrinsecamente relacionada com as noções de Estado, sendo igualmente influenciada pelo contexto político, ideológico e sociocultural que lhes rodeie, conforme expõe Bitencourt (2014, p. 130-131). Historicamente, a pena originalmente era concebida como um castigo, conceito caracterizador das teorias absolutas ou retributivas da pena. Efetivamente, Von Liszt a conceituava como “o mal, que, por intermédio dos órgãos da administração da justiça criminal, o Estado inflige ao delinquente em razão do delito” (2006, p. 400). Segundo Ferrajoli (2002, p. 203), essas teorias consideram a pena com fim em si mesma. O autor aduz

[...] tal concepção gira em torno de três idéias fundamentais de caráter religioso, vale dizer, aquelas da “vingança” (ex parte agentis), da “expição” (ex parte patientis) e do “reequilíbrio” entre pena e delito. Estas três idéias exercitaram sempre um fascínio irresistível no pensamento político reacionário e nunca foram totalmente abandonadas pela cultura penalística. Em crise na época do iluminismo, viram-se relançadas no século XIX graças a duas versões laicas, quais sejam a tese de origem kantiana segundo a qual a pena é uma retribuição ética, que se justifica por meio do valor moral da lei penal violada pelo culpado e do castigo que conseqüentemente lhe é imposto, e aquela de ascendência hegeliana, segundo a qual a pena é uma retribuição jurídica, justificada pela necessidade de restaurar o direito por meio de uma violência, em sentido contrário, que reestabeleça o ordenamento legal violado (2002, p. 205).

Ferrajoli explica, assim, que a teoria retributiva está originalmente alicerçada em noções religiosas de pecado e devido castigo, a exemplo do que faz Bitencourt, ao explicar que o surgimento e concepção dessas teorias está intrinsecamente ligado ao Estado Absolutista, em que o Direito, Religião, Moral e Governo eram unos (2004, p. 105); contudo, a ideia foi renovada pela legitimação laica conferida tanto por Kant quanto por Hegel no Direito Penal alemão, além de outros autores, como Carrara, Binding, etc. Esse cenário, assim, implica na finalidade atribuída à pena de fazer justiça. Em breve síntese, a teoria kantiana estabelece que o indivíduo é um fim em si mesmo, não podendo ser utilizado de

meio para outros fins (KANT apud BITENCOURT, 2014, p. 136-138). É por isso que entende que a pena só deve assumir caráter retributivo, uma vez que usar o delinquente como utilidade social não é ético de acordo com sua concepção. Por outro lado, admite a pena como castigo, justificando-se, assim, pelo simples fato de ter o indivíduo delinqüido.

Hegel, por sua vez, interpretava a pena sob a perspectiva da ordem jurídica, ao atestar que “a pena é a negação da negação do Direito”. Entendia, por essa assertiva, que o delito representa uma vontade individual do delinquente, em contraponto com a vontade geral expressa pelo Direito, pressupondo, assim, a imposição de uma pena a fim de reestabelecer a lesão sofrida pelo ordenamento e pela sociedade (BITENCOURT, 2014, p. 138).

As principais críticas às teorias absolutas, conforme expõe Ferrajoli (2002, p. 207) variam entre a elevada teoricidade do raciocínio, a falta de percepção de que os ilícitos penais são dotados de irreparabilidade, mas, acima de tudo, a circunstância de que transmutaram, ao intentar justificar a pena em si mesma, a essencial pergunta do “porquê punir?” (legitimação externa da pena) em “como punir?” (legitimação interna), deixando assim a justificação externa da pena lacunosa, permitindo com isso a própria legitimação de sistemas autoritários de direito penal máximo (BITENCOURT, 2014, p. 142). Segundo Bitencourt, por outro lado, o valor das teorias retribucionistas reside “no estabelecimento de limites à imposição da pena, como garantia do indivíduo frente ao arbítrio estatal” (2014, p. 141), uma vez que estabelecem princípios e direitos individuais como limitadores da pena, como a dignidade da pessoa humana e a liberdade individual.

Como se depreende, portanto, as teorias absolutas, em apertada síntese, consideram a finalidade da pena única e precisamente uma retribuição ao delinquente, justificada por si mesma, mas limitada pelos direitos individuais do apenado. Detêm o foco em reparar, com a punição, o passado. Em contraponto, há as teorias relativas, que desviam o olhar para o futuro. Se, nas teorias absolutas, a pena servia como retribuição, castigo ao delinquente, nas teorias relativas ela serve para prevenir a prática de delitos (BITENCOURT, 2014, p. 142). Igualmente antigas, entretanto, pois suas noções já encontravam-se presentes em Beccaria: “o fim, pois, não é outro que impedir o réu de causar novos danos a seus cidadãos e afastar os demais do cometimento de outros iguais” (2001, p. 46). A pena, portanto, não é mais vista como um fim em si mesma, como o é nas teorias absolutas, mas como meio para evitar a reiteração delitiva e encontra justificativa na necessidade de prevenção de delitos. São chamadas também de utilitaristas, especialmente por Ferrajoli (2002, p. 204). A teoria preventiva subdivide-se em prevenção geral ou especial, de acordo com os destinatários da proteção, sendo “o da prevenção geral o coletivo social, enquanto o [...] da especial é aquele

que delinuiu” (BITENCOURT, 2014, p. 143). Ferrajoli, por sua vez, as subdivide de acordo com a natureza da prestação da pena, resultando na seguinte classificação

aa) doutrinas da prevenção especial positiva ou da correção, que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu; ab) doutrinas da prevenção especial negativa ou da incapacitação, que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o réu; ba) doutrinas da prevenção geral positiva ou da integração, que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída; bb) doutrinas da prevenção geral negativa ou da intimidação, que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui (2002, p. 212-213).

A prevenção geral, assim, subdivide-se em negativa, também denominada intimidatória, e positiva. Em breve síntese, a prevenção geral negativa “assume a função de dissuadir os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros através da ameaça de pena, ou predicando com o exemplo do castigo eficaz” (BITENCOURT, 2014, p. 143). Traduz-se, assim, pela compreensão do Homem como ser racional, ao qual a imposição teórica de uma pena surtirá uma coação psicológica, impedindo que pratique delitos. Essa teoria enfrenta críticas especialmente em razão de não considerar o potencial desconhecimento da norma jurídica pelo destinatário, a possibilidade de confiança em não ser descoberto, as motivações do delincente, poder implicar em punições mais altas que a culpabilidade ou o fato exigem, etc. (BITENCOURT, 2014, p. 145-147). É considerável, ainda, a exemplo do raciocínio traçado por Zaffaroni (2011, p. 99), o estímulo à sede de vingança na sociedade que respeita o regramento social, sentindo-se ultrajada e vingativa contra quem não se reprimiu como era o devido. Tal panorama é característico, aos olhos do autor, de um Direito Penal e um Estado autoritário e de terror, devendo jamais, assim, ser efeito principal de qualquer pena, sob a possibilidade de se tornar exagerada, devendo ser no máximo efeito tangencial inato da punição.

Zaffaroni (2011, p. 102) admite, no entanto, que a pena assume uma função simbólica. É nesse sentido que Ferrajoli destaca, por outro viés, aspectos positivos da teoria, uma vez que a prevenção geral negativa legitima o princípio da legalidade, a materialidade objetiva dos delitos e o próprio princípio da culpabilidade e individualização da responsabilidade, uma vez que define o comportamento penalizado (2002, p. 224).

A prevenção geral positiva, de outra banda, traduz-se em uma mensagem dirigida à coletividade social, de caráter pedagógico. Queiroz (2011, p. 482) explica que a prevenção por esse viés proposita infundir na consciência coletiva o respeito a valores, criando uma integração social. Origina-se como uma resposta à prevenção geral negativa, em

contraposição ao entendimento de que só se manteria a ordem social por meio da coação (BITENCOURT, 2014, p. 148). Considera, assim, a existência de uma consciência social comum, inclusive jurídica.

A prevenção especial, por outro lado, também busca prevenir delitos, mas dirige-se “exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a delinquir” (BITENCOURT, 2014, p. 152). Ao contrário da prevenção geral negativa e positiva, que se contrapõem, a prevenção especial tem suas esferas negativa e positiva em confluência. A positiva dirige-se à reeducação do delinquente, enquanto que a negativa objetiva a neutralização do delinquente perigoso (FERRAJOLI, 2002, p. 213). Conforme se depreende, portanto, na teoria relativa da prevenção especial, tanto a positiva quanto a negativa desviam o foco direto da sociedade para o indivíduo, objetivando não castigá-lo, mas corrigi-lo de forma que não venha a reiterar na atividade delituosa. A neutralização do indivíduo ocorre tanto pela sua imediata segregação, impedindo que reitere (GRECO, 2014, p. 482) quanto mesmo por penas como de morte ou tortura, essas, entretanto, vedadas no ordenamento jurídico brasileiro.

As principais críticas à teoria são, em resumo, a possibilidade de resvalar em verdadeiro Direito Penal do Autor, desrespeitando o princípio da proporcionalidade, além da difícil comprovação de sua eficácia direta e a própria possibilidade de determinados delinquentes que passassem a ser impuníveis caso não demonstrassem risco de reiteração (BITENCOURT, 2014, p. 154). Por outro lado, o principal ponto positivo trazido pela teoria, segundo Bitencourt (2014, p. 155), é sua atual consideração não como legitimador da pena, mas de modo a considerar formas de limitar efeitos negativos da pena privativa de liberdade, isto é, não tanto a encarar a prisão como ressocializadora, mas de forma a tentar evitar seus elementos dessocializadores.

Como ressaltado, tanto as teorias absolutas quanto as relativas são valorizadas mas criticadas pela própria doutrina ao longo de suas evoluções. Segundo Greco (2014, p. 483), o Código Penal, em seu artigo 59¹⁴, adotou a teoria mista ou unificadora da pena, compreendendo, a exemplo de Santiago Mir Puig, “a retribuição e a prevenção geral e especial como aspectos do fenômeno complexo da pena” (apud GRECO, 2014, p. 483).

¹⁴ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Traçado, dessa forma, esse importante panorama para melhor compreensão da finalidade das penas fixadas, cabível aprofundar-se nas espécies trazidas na legislação penal. Com efeito, o Código Penal as prevê em seu artigo 32¹⁵. Zaffaroni (2011, p. 669) explica que o Código reconhece três categorias de pena, sendo a primeira delas a privativa de liberdade, que varia desde a institucionalização total do indivíduo até seu controle fora da instituição prisional, a segunda a restritiva de outros direitos que não a liberdade e, por fim, a de conteúdo patrimonial.

As penas restritivas de direitos, segundo Bitencourt (2014, p. 652), têm origem substancialmente mais moderna que as penas privativas de liberdade, visto que os reformistas clássicos, como Beccaria, não previam sequer a possibilidade de penas alternativas. Com a evolução das penas privativas de liberdade, correntes lideradas especialmente por Von Liszt passaram a opor-se contra a segregação do indivíduo, especialmente quando por curto espaço de tempo, sugerindo novas soluções. Na opinião de Bitencourt, as previsões atuais do Código Penal, em seus artigos 43 a 48 “possibilitam ao juiz eleger, com margem de liberdade, a pena mais adequada, assim como a substituição de uma pena de sérios efeitos negativos por outra menos dessocializadora” (2014, p. 657). Isso pois o sistema adotado permite, presentes os requisitos, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.

O artigo 44¹⁶ do Código Penal prevê, assim, as possibilidades em que a substituição poderá se operar. Os requisitos objetivos do artigo, conforme denominação de Bitencourt

¹⁵ Art. 32 - As penas são:
I - privativas de liberdade;
II - restritivas de direitos;
III - de multa.

¹⁶ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
II - o réu não for reincidente em crime doloso;
III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.
§ 1o (VETADO)
§ 2o Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.
§ 3o Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.
§ 4o A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

(2014, p. 659), traduzem-se na quantidade de pena aplicada, que não deverá exceder quatro anos, na natureza do crime cometido (em tratando-se de crime culposos, é elegível para qualquer pena), e na modalidade de execução do delito, devendo ter sido praticado sem violência ou grave ameaça. Além disso, leva em consideração critérios subjetivos, pela análise da reincidência e dos vetores expressos no inciso III do referido artigo (ZAFFARONI, 2011, p. 691). Explica Bitencourt (2014, p. 662) que apenas a reincidência específica é impedimento absoluto para a substituição, visto o disposto no parágrafo 3º do artigo. Já os vetores do inciso III representam uma prognose de suficiência da substituição. Bitencourt refere que essa disposição representa diretamente um intuito pela finalidade preventiva especial e não retributiva (2014, p. 663), de acordo com as circunstâncias do fato e do autor.

As espécies de penas restritivas de direitos encontram-se previstas no artigo 43¹⁷ do Código Penal, cuja análise detalhada, para o estudo aqui proposto, não assume especial relevância. É certo que a incidência da substituição por pena restritiva de direitos em processos onde houve decretação de prisão preventiva não é a regra, até pela própria análise dos requisitos – enquanto a pena restritiva de direito exige pena aplicada inferior a quatro anos e, geralmente, não se aplicará à reincidente, a prisão preventiva, como exposto no primeiro capítulo, tem como pressuposto crime doloso com pena máxima cominada de quatro anos ou reincidência –. Entretanto, os institutos não são incompatíveis. Tome-se como exemplo um indivíduo incurso no delito de furto, cuja pena prevista varia de 01 (um) a 04 (quatro) anos. Sendo ele reincidente, mas em outro crime, é possível projetar que sua pena, mesmo que fixada acima do patamar mínimo legal – diga-se, 02 (dois) anos – ainda poderá ser elegível, se preenchidos os critérios subjetivos, à substituição por pena restritiva de direitos. Assim, tal hipótese também assume especial relevância no estudo aqui proposto, uma vez que torna-se claro que há possibilidade, pela legislação atual, de decretação de prisão preventiva ainda que, ao fim da instrução, o condenado não vá ser submetido sequer à qualquer espécie de restrição de liberdade.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

¹⁷ Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação pecuniária;
- II - perda de bens e valores;
- III - limitação de fim de semana;
- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V - interdição temporária de direitos;
- VI - limitação de fim de semana.

Cabe salientar também, por outro lado, que as penas restritivas de direito admitem conversão para penas privativas de liberdade, conforme disposição do artigo 44, parágrafos 2º e 3º do Código Penal, por seu descumprimento injustificado.

A pena de multa, por sua vez, encontra previsão, especialmente, nos artigos 49 a 52 e 58 do Código Penal. Consiste, conforme explica Zaffaroni (2011, p. 696), na “perda de um bem jurídico a título de contramotivação para o condenado [...]. A multa penal, ou seja, a multa como pena, não perde, nunca, este seu caráter, pelo o que conserva a sua principal função preventiva”. Com efeito, é prevista alternativa ou cumulativamente à outras penas na parte especial do Código. Não possui, aqui, especial relevância seu estudo aprofundado, uma vez que essa, sim, é empiricamente incompatível de aplicação exclusiva em crimes que comportavam prisão preventiva, em especial considerando as penas cominadas aos delitos que a preveem como alternativa. Não se pode, contudo, confundir a pena de multa com as penas restritivas de direito de natureza pecuniária, as quais, sim, podem ser aplicadas autonomamente, cujo conteúdo, entretanto, já foi objeto de análise.

3.2 Das penas privativas de liberdade: regimes e dosimetria

A evolução da prisão e das penas é antiga. Quase que unanimemente, doutrinadores como Von Liszt (2006, p. 416) ou Zaffaroni (2011, p. 676) salientam que, entretanto, a prisão como sanção, é, em verdade, relativamente nova, uma vez que na Antiguidade a segregação servia meramente como depósito de contenção e custódia do acusado até o cumprimento efetivo de sua pena (de morte, tortura) ou como forma de arrancar informações ou confissão. Bitencourt (2004, p. 27-31) explica que a transformação da prisão de custódia em pena se deu, assim, por motivações e interesses religiosos, políticos e, especialmente, socioeconômicos, tornando a pena privativa de liberdade como promissora na reforma dos delinquentes. Atualmente, entretanto, também a pena privativa de liberdade vêm sendo revista sob o princípio da necessidade, estimulando-se a atualização das penas e aplicação de penas alternativas, almejando-se o conceito de pena necessária (VON LISZT, 2006, p. 118-126).

No Código Penal vigente, após diferentes disposições legislativas, as penas privativas de liberdade se dividem em de reclusão e detenção (artigo 33¹⁸ do Código Penal), com

¹⁸ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

importantes diferenças práticas, a citar, que a reclusão pode ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto e a detenção somente em semiaberto ou aberto, admitindo-se, porém, a regressão ao regime fechado (Zaffaroni, 2011, p. 678), a limitação na concessão de fiança, as espécies de medida de segurança cabíveis, a prioridade na ordem de execução, a incapacidade para exercício do pátrio poder, tutela ou curatela e a influência decisiva nos pressupostos da prisão preventiva, conforme explicam Bitencourt (2014, p. 613) e Greco (2014, p. 489-490), importando, assim, em decisivos impactos muitas vezes subestimados pelos operadores do Direito.

Os regimes penais do ordenamento jurídico vigente são “determinados fundamentalmente pela espécie e quantidade de pena e pela reincidência, aliados ao mérito do condenado, num autêntico sistema progressivo” (BITENCOURT, 2014, p. 614).

O regime fechado deverá ser cumprido pelo condenado em estabelecimentos de segurança máxima ou média, sendo denominados de “penitenciária” pela Lei de Execução Penal (artigo 87). Segundo o Código Penal¹⁹ e a Lei de Execução Penal²⁰, o preso estaria também sujeito ao isolamento noturno. Na prática, entretanto, com a superlotação atual dos presídios, essa disposição segue longe de cumprida (BITENCOURT, 2014, p. 614). No regime fechado não há direito de frequentar cursos, seja de instrução, seja profissionalizante. Já o trabalho externo só é possível em serviços ou obras públicas da administração estatal direta ou indireta ou em entidades privadas, desde que tomados os devidos cuidados para

c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

¹⁹ Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

²⁰ Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

evitar-se a fuga (GRECO, 2014, p. 501), desde que o condenado tenha cumprido um sexto da pena²¹.

O regime semiaberto, por sua vez, deve ser cumprido em colônias. Não prevê isolamento noturno e permite ao condenado o direito de frequentar cursos profissionalizantes ou de instrução, além de trabalho interno na colônia agrícola, industrial ou similar ou externo, inclusive na iniciativa privada (GRECO, 2014, p. 503). Para o condenado cumprindo pena no regime semiaberto, o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça é pela desnecessidade do cumprimento de um sexto da pena para possibilidade de trabalho externo²².

O regime aberto, por fim, deve ser cumprido em casas de albergado, em imóvel que deve situar-se em centro urbano (ZAFFARONI, 2011, p. 683). Baseia-se na autodisciplina do apenado, que só permanecerá recolhido “durante o repouso noturno e nos dias de folga, devendo trabalhar, frequentar cursos ou exercer outra atividade autorizada fora do estabelecimento e sem vigilância” (BITENCOURT, 2014, p. 616). Greco salienta que, nesse regime, o trabalho não dá direito a remir a pena, uma vez que é pressuposto do próprio enquadramento ao regime (2014, p. 504).

O parágrafo 2º do artigo 33 do CP estabelece que a execução penal deve ser feita de modo progressivo, “segundo o mérito do condenado”. A fixação do regime inicial, conforme explica Bitencourt (2014, p. 617), compete ao juiz da condenação; contudo, essa fixação será provisória, uma vez que o juiz da execução operará a progressão ou regressão de acordo com o mérito do apenado. O autor explica que os “fatores fundamentais para a determinação do regime inicial são a natureza e quantidade da pena aplicada e a reincidência” (2014, p. 617), aliados aos elementos do artigo 59 do Código Penal, que orientarão a fixação quando o regime for facultativo.

Em resumo, o que se depreende do artigo 33 é que, via de regra, cumprirá a pena obrigatoriamente iniciando-se em regime fechado o condenado não reincidente a pena

²¹ Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo.

²² HABEAS CORPUS. TRABALHO EXTERNO. REGIME SEMIABERTO. EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO DE 1/6 (UM SEXTO) DA REPRIMENDA. DESNECESSIDADE. NOTÍCIA DE QUE O PACIENTE ENCONTRA-SE FORAGIDO. IMPOSSIBILIDADE DE RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento de que independentemente do cumprimento do lapso de 1/6 (um sexto), presentes as condições pessoais favoráveis, deve ser concedido, ao condenado em regime semiaberto, a autorização para o trabalho externo. 2. Ordem concedida em parte tão-somente para afastar a exigência de cumprimento de 1/6 (um sexto) da sanção no regime semiaberto para fins de autorização para o trabalho externo, sem, contudo, restabelecer o benefício, tendo em vista a notícia de que o paciente encontra-se foragido. (HC 143.061/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 15/03/2010)

superior a oito anos ou o reincidente com pena superior a quatro. A súmula 269²³ do Superior Tribunal de Justiça consagrou esse entendimento, pela interpretação sistemática dos artigos 33, parágrafo 2º e do artigo 59 do Código Penal, com integração do critério relativo ao *quantum* da pena e critério pertinente às circunstâncias judiciais.

Imprescindível considerar, ainda, entretanto, o fenômeno da detração penal, especialmente relevante no estudo aqui proposto. Em linhas gerais, a detração, prevista no artigo 387, parágrafo 2º²⁴ do Código de Processo Penal e no artigo 42, *caput*²⁵ do Código Penal implica no desconto na pena ou medida de segurança imposta pelo juiz do período de prisão ou internação cumprido pelo condenado antes da condenação, em prisão provisória, administrativa ou internação. A detração poderá, assim, implicar na mudança do regime inicial a ser fixado na sentença.

Feita essa breve análise da pena privativa de liberdade e considerando que o objeto do estudo aqui proposto passa, necessariamente, pela possibilidade de uma projeção da pena em concreto que será aplicada ao acusado, passa-se ao estudo da dosimetria das penas.

Historicamente, o Direito variou de um extremo a outro na fixação das penas aos condenados. Conforme expõe Bitencourt (2014, p. 770), se durante a Idade Média se experimentou uma “absoluta determinação”, na medida em que os Juízes tinham absoluto poder discricionário – e, vale ressaltar, nenhum dever de motivação –, durante o Iluminismo se experimentou a via oposta, em uma “determinação absoluta”, pela fixação estanque das penas pela Lei. A evolução do Direito, contudo, por fim concluiu pelo meio-termo, ao buscar uma indeterminação relativa, que imponha limites ao Magistrado mas permita uma adaptação da pena ao caso concreto. A individualização da pena, assim, inicia-se no plano abstrato, na esfera legislativa, pela sua cominação ao tipo legal. Passa ao plano concreto com a aplicação por parte do Magistrado da condenação (GRECO, 2014, p. 567). Sua última etapa, finalmente, trata-se da individualização executória, no cumprimento da pena fixada (BITENCOURT, 2014, p. 771). O artigo 68²⁶ do Código Penal, assim, consagrou as etapas da individualização judicial, na esteira da indeterminação relativa adotada.

²³ Súmula 269, Superior Tribunal de Justiça - É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

²⁴ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

[...]

§ 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

²⁵ Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

²⁶ Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

O cálculo da pena, assim, será norteado pelo critério trifásico. A primeira fase consiste na fixação da pena-base. O Magistrado, analisando as circunstâncias judiciais do artigo 59²⁷ do Código Penal, fixará um *quantum* entre a margem da pena mínima e máxima prevista no tipo penal (GRECO, 2014, p. 568). Aqui a jurisdicionalidade e motivação das decisões judiciais reveste-se de especial importância, na medida em que o Juiz deverá analisar cada uma das circunstâncias individualmente.

A primeira das circunstâncias a ser valorada pelo Magistrado consiste na culpabilidade do indivíduo. Salo de Carvalho assim a conceitua

a noção de culpabilidade é empregada a partir da assunção de um juízo de reprovabilidade imposto ao indivíduo pela realização de um injusto penal quando podia ter atuado de maneira diversa – culpabilidade entendida como juízo de valor cujo objeto valorado é o injusto (CARVALHO, 2004, p. 39).

É, assim, conforme se depreende, regularmente traduzida em um “dever/poder de agir de outro modo”. É elemento criticado, entretanto, por doutrinadores como próprio Salo de Carvalho (2004, p. 38) na medida em que permanece um conceito volátil e, conseqüentemente, reiteradamente relativizado. Isso pois, de fato, sua caracterização mantém relação direta com demais conceitos abertos, como livre-arbítrio, autodeterminação, liberdade individual, etc., polarizando-se conforme teorias deterministas e indeterministas de conteúdo metafísico, como expõe Ferrajoli (2002, p. 392). Bitencourt (2014, p. 772) define a culpabilidade como elemento de medição da pena, de modo a considerar que quão mais intenso o dolo, maior a censura ou vice-versa.

A segunda circunstância trata-se da análise dos antecedentes do acusado. Esses “dizem respeito ao histórico criminal do agente que não presta para efeitos de reincidência” (GRECO, 2014, p. 572). Seu conceito por vezes confunde-se com a própria conduta social do acusado, na medida em que também pode ser descrito como os “fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus” (BITENCOURT, 2014, p. 773). A doutrina diverge, aqui, quanto à consideração dos inquéritos policiais ou ações penais em curso para exasperação da

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

²⁷ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

pena-base por maus antecedentes, sendo, contudo, majoritariamente, a exemplo de Greco (2014, p. 572-573) e Salo de Carvalho (2004, p. 48-50) orientada na impossibilidade, a exemplo de entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça²⁸, em prol do princípio da presunção de inocência, malgrado entendimentos jurisprudenciais divergentes inclusive no Supremo Tribunal Federal. Salo de Carvalho (2004, p. 52-53) também criticam o instituto por dois aspectos: em primeiro lugar, a exemplo do que defende Zaffaroni e Pierangeli, por um critério temporal, pois entende que a eterna consideração dos antecedentes do acusado na fixação de nova pena implicaria em desrespeito à vedação constitucional à pena perpétua, a qual deve ser interpretada extensivamente. Em segundo, pelo o que chama de “princípio da secularização”, pois considera que a exasperação da pena em razão dos antecedentes e conduta social implicariam em verdadeira culpabilidade do autor e não do fato. Pacelli e Callegari (2018, p. 494) o acompanham nesse sentido, advertindo para a migração para um direito penal do autor.

A conduta social do autor, próxima circunstância judicial elencada, é entendida como “o comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de seu bairro, etc.” (BITENCOURT, 2014, p. 775). Intui, assim, estudar como se porta o acusado na sociedade. Foi propositalmente apartada dos antecedentes pois leva em consideração que um indivíduo com antecedentes judiciais possa ser recheado de méritos sociais e o contrário idem. Greco (2014, p. 573-574) adverte, entretanto, quanto à tentativa reiterada de se fazer uso da conduta social de forma a valorar negativamente outros antecedentes (como os inquéritos policiais ou ações em curso), quando da impossibilidade de enquadramento nos antecedentes, conduta interpretada como incabível, justamente pelas razões expostas que justificam a própria separação dos critérios. Pacelli e Callegari avançam na crítica ao critério, por outro viés

haveria um conceito único a respeito da valoração positiva do comportamento social de alguém? Afinal, a sociedade brasileira não é inteiramente fragmentada, do ponto de vista social? Não temos dúvida em afirmar que sim (2018, p. 495).

De fato, a exemplo da crítica traçada por diversos doutrinadores quanto à culpabilidade, também na mensuração da conduta social do condenado se ingressa em conceitos subjetivos.

²⁸ Súmula 444, STJ – É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Ainda, a Lei prevê a consideração da personalidade do agente na fixação da pena-base. Nas palavras de Bitencourt, significa a “síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo” (2014, p. 775). Na opinião do autor, aqui pode se considerar, por exemplo, antecedentes policiais do acusado ou infrações cometidas após o delito apurado nos autos. É critério, contudo, amplamente criticado por outros doutrinadores, como adverte Greco (2014, p. 574), por se tratar de elemento a ser aferido por outras áreas fora da capacidade técnica do julgador, como psiquiatria ou psicologia. É a mesma crítica tecida por Amilton Bueno de Carvalho (2004, p. 54), que a amplia a fim de enquadrar o critério também sob o arcabouço do princípio da secularização, em verdadeiro direito penal do autor. Bueno de Carvalho avança para afirmar que é verdadeiramente impossível para o Magistrado aferir a personalidade do acusado, e mesmo que se fosse possível tecnicamente, a avaliação feita seria “ilegítima sob o prisma de um direito penal de garantias balizado pelo princípio da secularização” (2004, p. 59).

A consideração dos motivos do crime, por outro lado, pode implicar igualmente na sua exasperação ou diminuição, ao se compreender a motivação do acusado no cometimento do delito. Bitencourt (2014, p. 776) explana que a dosagem, assim, deverá considerar a natureza e qualidade dos motivos. A valoração, necessariamente, passará por um juízo de valor a partir do senso comum, como explicam Pacelli e Callegari (2018, p. 496). Aqui, a principal preocupação dos doutrinadores reveste-se no impedimento do *bis in idem*, especialmente ao confundirem-se elementos da personalidade com os motivos ou na consideração de motivos que constituam elementares do crime perpetrado.

É a mesma preocupação explanada sobre a consideração das circunstâncias do delito, vertente seguinte expressa no artigo. Greco (2014, p. 575) ressalta que essas não se confundem com as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) ou elementares, privilegiadoras, etc. Podem ser, assim, consideradas circunstâncias inominadas e observáveis no caso concreto. Bitencourt (2014, p. 776) exemplifica os meios utilizados, o tempo, lugar, forma de execução, entre outras.

Já as consequências do crime implicam na consideração pelo Magistrado dos danos causados pelo delito praticado. Advertem Pacelli e Callegari (2018, p. 497) para o cuidado necessário em não se exasperar a pena por consequências ínsitas do delito – a saber, em exemplo crasso, aumentar a pena-base em virtude da morte da vítima punindo-se um delito de homicídio –. Consiste, assim, na ponderação de outros elementos, tais quais o impacto nos familiares da vítima, na sociedade – em delitos de colarinho branco, por exemplo, como lembra Greco (2014, p. 576) –, etc.

Por fim, a última das circunstâncias judiciais a ser avaliada pelo Magistrado consiste no comportamento da vítima. Conforme salientam Bitencourt (2014, p. 776) e Greco (2014, p. 576), estudos de vitimologia demonstram que, por vezes, as vítimas contribuem decisivamente para a consecução do delito, a citar, por exemplo, delitos de lesão corporal em que a vítima possa ter provocado uma briga ou crimes culposos. Tal reflexão não implica, evidentemente, na impunidade do agente, mas leva a uma justa consideração das circunstâncias que corroboraram para a prática do delito.

Pela ponderação de cada uma dessas circunstâncias, assim, será fixada pelo Magistrado a pena-base, devendo-se passar à fixação da pena-provisória, baseada na incidência das circunstâncias agravantes ou atenuantes. Explica Greco (2014, p. 577), sobre as circunstâncias, que essas diferem das elementares do tipo na medida em que sua incidência não interfere na definição jurídica da infração. São chamadas circunstâncias legais, pois expressas as agravantes nos artigos 61 e 62 e as atenuantes nos artigos 65 e 66²⁹, todos do Código Penal.

²⁹ Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada.

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage ou induz outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

O legislador optou por não fixar um *quantum* de aumento ou diminuição a se operar, diferente das majorantes e minorantes, deixando para a discricionariedade do Magistrado. A doutrina majoritária, atendendo aos pressupostos dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, vêm indicando em um sexto a exasperação ou diminuição, considerando-se o limite mínimo das majorantes e minorantes (GRECO, 2014, p. 578). Isso pois consideram os doutrinadores que as causas modificadoras de pena, aplicadas na terceira fase, detêm maior intensidade, não podendo, assim, as agravantes e atenuantes assumirem fração maior. De outra banda, outro embate doutrinário consiste na possibilidade de diminuição da pena, na segunda fase, aquém de seu mínimo legal. Enquanto entendimento jurisprudencial, em especial do Superior Tribunal de Justiça³⁰, entende pelo não cabimento, na medida em que assim se violaria o princípio da legalidade, a maioria dos doutrinadores compreende pelo contrário, por uma interpretação sistemática, em especial, do artigo 65 do Código Penal. Com efeito, conforme expõe Greco (2014, p. 569), Bitencourt (2014, p. 785-787), Pacelli e Callegari (2018, p. 500-501), o referido artigo preceitua que as atenuantes “sempre” atenuam a pena. Tendo a pena-base de um apenado, assim, sido fixada no seu mínimo legal, malgrado presente uma atenuante (menor de 21 anos, por exemplo), ela será desprezada se seguido o entendimento sumulado do STJ. Para os autores, essa medida vai, paradoxalmente, contra o princípio da legalidade, visto que descumpra a norma de ordem pública disposta no Código. Bitencourt (2014, p. 787) avança para afirmar que, dessa forma, a consideração das atenuantes consiste em garantia constitucional, salientando que não há norma disposta expressamente no sentido de que a pena não possa ser diminuída de seu mínimo legal. Por outro lado, Pacelli e Callegari (2018, p. 501) expõem que o raciocínio não pode se prestar para exasperação da pena acima do máximo, uma vez que isso implicaria em violação de outras disposições legais, na medida em que, sob pretexto de função preventiva da pena, se violaria a própria culpabilidade do acusado. Importante ressaltar, *idem*, que o rol das agravantes é taxativo, enquanto que o das atenuantes é meramente exemplificativo, conforme preceitua o artigo 66³¹ do Código Penal.

O rol das agravantes e atenuantes é extenso. A maioria é auto-explicativa, não se exigindo maior aprofundamento. Contudo, especialmente a primeira merece rápida análise mais detalhada, que trata-se da reincidência. Conforme expõe Salo de Carvalho (2004, p. 61),

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

³⁰ Súmula 231, STJ - A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

³¹ Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

a reincidência do réu no processo penal têm diversas implicações, que extrapolam os efeitos de meros maus antecedentes. Como exemplo, cita a agravante da pena privativa de liberdade, a determinação de regime de cumprimento de pena mais severo (artigo 33, Código Penal), o impedimento de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando específica em crime doloso (artigo 44, II, do Código Penal), sobre o que já se discorreu, sua preponderância no concurso de agravantes e atenuantes (artigo 67 do Código Penal), etc. Seu conceito está contido no artigo 63³² do Código, consistindo no agente cometer novo delito após trânsito em julgado de sentença condenatória por crime anterior. Aqui, conforme ressalta Nucci (2018, p. 456), o legislador estipulou a necessidade de cometimento anterior de crime, não bastando contravenção penal; por outro lado, o cometimento de contravenção após condenação por crime configura a reincidência.

O artigo 64³³ estabelece cinco anos como lapso temporal de efeitos da reincidência. O instituto é objeto de ferrenhas críticas pelos doutrinadores. Salo de Carvalho (2004, p. 64), em resumo, explana que a consideração da reincidência necessariamente é “fundada em tipos criminológicos de autor e em teorias dogmáticas enamoradas pelas noções de periculosidade social e/ou patologia individual”, significando máximo Direito Penal do autor e não do fato. Nucci (2018, p. 456) atenta para a discussão doutrinária sobre a constitucionalidade da reincidência, uma vez que é preceito constitucional o “non bis in idem”, ou seja, a vedação a punição duas vezes pelo mesmo fato. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal assentou sua constitucionalidade, não impedindo, contudo, com isso, o continuar de críticas ao instituto.

Entre as demais agravantes descritas, várias defluem de valores e patamares éticos e morais da sociedade, como, por exemplo, o motivo fútil ou torpe. É o mesmo caso de algumas das hipóteses das atenuantes. Desnecessário, entretanto, nesse momento, análise aprofundada de cada uma das previsões, bastando por ora dizer que todas as hipóteses terão de ser submetidas ao crivo interpretativo do Magistrado em suas aplicações.

A terceira fase da dosimetria penal, por fim, trata-se da definição da pena-definitiva calcada na consideração das causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. Conforme explana Greco (2014, p. 571), essas podem ser previstas tanto na parte geral quanto na especial do Código Penal e tem seu *quantum* de redução ou aumento fornecido em frações

³² Art. 63 - 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.

³³ Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

pela lei. Bitencourt (2014, p. 787) adiciona que, em se tratando de causas de aumento ou diminuição previstas na parte especial, o magistrado pode aplicar apenas uma, prevalecendo a que mais aumente ou diminua, nos termos do artigo 68³⁴ do Código Penal. Não é o caso, porém, das majorantes e minorantes previstas na parte geral, as quais deverão incidir umas sobre as outras.

É evidente que, no caso concreto, à míngua de, por exemplo, atenuantes ou agravantes, as causas de aumento e diminuição incidirão diretamente sobre a pena-base, ou a pena-provisória poderá ser mantida como a definitiva. Ratificada, entretanto, a pena-definitiva, o juiz

deverá fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, mesmo que ela venha a ser substituída ou suspensa, porque poderá haver conversão ou revogação da medida alternativa (BITENCOURT, 2014, p. 788)

É, assim, evidente pressuposto direto do regime de cumprimento da pena a própria pena a ser fixada. Cabível salientar, entretanto, a Súmula 719³⁵ do Supremo Tribunal Federal, que prevê a possibilidade do juiz impor regime de cumprimento de pena mais severo que o previsto pela pena, desde que devidamente motivado. A Súmula é alvo de duras críticas pela doutrina, em prol do princípio da legalidade.

Como se depreende, assim, do estudo aqui feito, a função da pena, no ordenamento jurídico brasileiro, tem duplo aspecto, intentando ter função preventiva e repressiva. Já aí percebe-se, em comparação com o estudo traçado das prisões cautelares, suas finalidades diversas, uma vez que a prisão cautelar tem como característica sua instrumentalidade, ou seja, funciona em prol do processo, justamente a fim de assegurar, ao final, a possível pena, que cumprirá por sua vez seu próprio objetivo. A fixação da pena, por sua vez, dá-se em momento processual específico, qual seja, na prolação de sentença condenatória, e depende de diversos fatores, alguns taxativos em lei – porém, necessariamente sujeitos à interpretação dos atores processuais – e alguns submetidos à discricionariedade do Magistrado.

Do estudo detalhado pelo viés da pena, não se encontrou questionamento doutrinário acerca da congruência com a prisão cautelar eventualmente decretada, embora, por certo, que essa preocupação naturalmente fosse se ater ao estudo das prisões cautelares. Entretanto,

³⁴ Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

³⁵ A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

conforme já exposto, qualquer congruência entre a prisão cautelar e o regime de cumprimento da pena depende, necessariamente, da pena aplicada. E, com o estudo aqui aprofundado, depreende-se que tanto a fixação da pena como mesmo de seu regime depende de diversos fatores, tanto concernentes ao fato quanto ao autor. Ocorre que, assim, surge nova necessidade para o estudo proposto: no momento da decretação de uma prisão cautelar – que pode ser antes mesmo da instauração de inquérito policial – há como se projetar fielmente a pena e, assim, implicar em decretação ou não da prisão em função dessa? Se se considerar que, para a prisão preventiva, se requerem indícios suficientes e não prova da autoria e materialidade – justamente pois essas serão angariadas durante a instrução processual – pode-se aferir, diga-se, a personalidade do agente? Entretanto, se, por um lado, pela letra fria da lei, se pressupõe pela impossibilidade, ao se considerar os princípios e direitos constitucionais do acusado no processo penal, bem como as ferrenhas críticas doutrinárias aos próprios requisitos de fixação da pena, faticamente se pode também pressupor que é possível, em certas hipóteses, superá-los em prol do direito à liberdade do indivíduo.

Assim, necessário a seguir analisar o que há de concreto assentado em casos exemplificativos na jurisprudência, a fim de se constatar se esses questionamentos encontram-se respondidos e em que casos se admite ou exige congruência entre a prisão cautelar e a prisão pena.

4 DA NECESSIDADE DE CONGRUÊNCIA ENTRE PRISÃO PREVENTIVA E PRISÃO PENA: ANÁLISE DE DECISÕES

Se, no primeiro e segundo capítulos, se buscou estudar a partir de uma perspectiva doutrinária a preocupação com a projeção da pena a ser fixada no momento de decretação de uma prisão cautelar, em especial preventiva, nesse momento passa-se o foco à jurisprudência, para verificar se as decisões quanto aos casos fáticos coincidem ou não com as projeções doutrinárias e se inovam em algum sentido.

4.1 Da metodologia de análise das decisões aplicada

Para o estudo aqui proposto, se fará uso da Metodologia de Análise de Decisões. Freitas Filho explica que esse método permite

- 1) Organizar informações relativas a decisões proferidas em um determinado contexto; 2) Verificar a coerência decisória no contexto determinado previamente; e 3) Produzir uma explicação do sentido das decisões a partir de interpretação sobre o processo decisório (2010, p. 7).

Como se depreende, portanto, a referida metodologia atende aos objetivos do presente estudo. Isso pois possibilitará a análise dos julgados dentro de um recorte temporal específico e sobre um tema. A metodologia selecionada tem três momentos distintos. O primeiro dele se compõe da “pesquisa exploratória” (FREITAS FILHO, 2010, p. 8). Consiste na eleição de uma bibliografia básica que compoñha a matriz paradigmática do tema selecionado. Essa etapa foi cumprida tanto no estudo feito nos dois primeiros capítulos quanto durante a pesquisa de jurisprudência efetivamente realizada.

Pela pesquisa efetuada, optou-se pela análise posterior pelo método qualitativo. Assim, o estudo aqui traçado não se propõe a formar uma fiel representação da totalidade das decisões sobre o tema no Tribunal colacionado, mas meramente de elencar e estudar algumas decisões emblemáticas sobre o tema em um determinado recorte temporal, ao que se aprofundará a seguir. A opção pela análise qualitativa se deveu a três motivos primordiais: a um, pela verdadeira impossibilidade de se tecer representação global, mesmo que se dispusesse de tempo e capacidade de análise do número exorbitante de julgados. Isso pois, durante a pesquisa realizada, deparou-se com o fato de que não há tecnologia de busca de jurisprudência disponível que abranja a totalidade de decisões sobre um mesmo assunto.

Ocorre que na indexação dos julgados no sistema, cada julgado poderá ser submetido por uma palavra-chave e mesmo uso de termos diferentes, de forma que não é possível afirmar que, contemplando, por exemplo, todo o universo de decisões encontradas sob as palavras “prisão preventiva” “regime diverso” se localize toda e qualquer decisão que tenha pertinência temática sobre a questão aqui proposta.

Em segundo lugar, motivo que se confunde com o primeiro, em razão do acúmulo invencível, se considerando a capacidade humana e o tempo exíguo de realização do trabalho, para análise de todas as decisões sobre o tema. E em terceiro e último, pois, durante a pesquisa, se constatou verdadeiro esvaziamento da necessidade de um estudo quantitativo, pois o qualitativo permitirá maior aprofundamento das razões e contexto teórico das decisões, cujos precedentes se repetem, e pois se constatou que há posicionamentos em diversos sentidos no mesmo Tribunal.

A segunda e terceira etapas da metodologia elencada consistem em um recorte objetivo do tema e um recorte institucional, cuja ordem fica a critério do pesquisador. O recorte objetivo consiste no momento em que o pesquisador “procederá a uma seleção conceitual do campo discursivo onde se encontre o seu problema” (FREITAS FILHO, 2010, p. 8). Explica o autor que esse recorte pode se dar em torno de um conceito, princípio, instituto jurídico, entre outros. Nessa pesquisa, se procedeu ao recorte considerando decisões somente em sede de Habeas Corpus (ordens concedidas e denegadas), localizadas sob as palavras-chave “prisão preventiva” “regime diverso” e/ou “desproporcionalidade”, buscando localizar decisões em que se discutiu o relaxamento da prisão preventiva considerando-se a pena em concreto a ser fixada.

O recorte temporal selecionado limitou as decisões proferidas entre 05/07/2011 e 31/12/2018. A data de anterioridade escolhida se deveu, em parte, pela atualidade das decisões a serem analisadas, mas, especialmente, em razão das importantes alterações ao Código de Processo Penal, especialmente às previsões quanto à prisão preventiva, operadas pela Lei nº 12.403/11, publicada no dia 04/05/2011 e que entrou em vigor no dia 04/07/2011 (artigo 3^o³⁶ da referida Lei). A data final foi escolhida considerando-se a data de realização da presente pesquisa. Ocorre que, conforme já referido, uma vez que a presente pesquisa é meramente qualitativa e que as pesquisas nesse lapso temporal originaram número invencível de decisões, foi privilegiado o critério de atualidade das decisões, pela escolha das que

³⁶ Art. 3º. Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação oficial.

continham teses repetidas e mais atuais (especialmente, assim, as proferidas durante o ano de 2018).

Já o recorte institucional diz respeito à escolha dos órgãos decisores a serem pesquisados. Essa escolha deverá se dar considerando a pertinência temática e a relevância decisória (FREITAS FILHO, 2010, p. 10). A pertinência temática consiste na consideração da correlação entre o problema identificado e o campo teórico em que se insere, em que âmbito corre a discussão jurídica do tema. A relevância decisória diz respeito ao impacto causado pela discussão jurídica daquele tema no órgão decisório selecionado e nos demais.

No caso da pesquisa aqui traçada, a consideração da pertinência temática e a relevância decisória implicaram na escolha pelas decisões proferidas no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). Essa escolha levou em consideração o local de eventual publicação do presente estudo, a familiaridade da pesquisadora com o Tribunal e o prévio conhecimento acerca da discussão no órgão selecionado, mas acima de tudo a relevância decisória. Isso pois é inegável que as decisões conflitantes sobre o tema em um Tribunal de Justiça possuem relevante influência nos demais Tribunais e também nos Juízos de 1º grau de todo o Brasil, o que também imprime maior relevância teórica ao presente estudo.

Por fim, traçados esses parâmetros, a Metodologia de Análise de Decisões permite a organização dos resultados obtidos de três formas “1) Os diferentes níveis de aprofundamento de análise do problema investigado; 2) Os tipos de escolhas relativamente ao recorte institucional; e 3) As diferentes temáticas abordadas” (FREITAS FILHO, 2010, p. 12). Na presente pesquisa, optou-se por proceder com recorte pelas diferentes temáticas abordadas, agrupando-se as decisões no sentido de que não há necessidade de congruência entre a prisão preventiva e a pena e as no sentido contrário, aprofundando-se nos motivos expostos por cada uma delas.

Assim, feitas as necessárias considerações acerca da metodologia de análise de decisões elencada para a pesquisa proposta, passa-se às jurisprudências colacionadas propriamente ditas.

4.2 Estudo das decisões selecionadas proferidas sobre a matéria no TJRS

Conforme supraexposto, a escolha das decisões de 2º grau a seguir estudadas se deu utilizando um recorte temporal (entre 2011 e 2018, privilegiando as decisões mais atuais, as quais foram proferidas na unanimidade no final do ano de 2018), um recorte institucional (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul) e um recorte objetivo, em que se pesquisou sob as

palavras-chave “prisão preventiva” + “regime diverso” ou “prisão preventiva” + “desproporcionalidade”. A pesquisa foi limitada, ainda, a decisões proferidas em Habeas Corpus.

A seleção sob as palavras-chave “prisão preventiva” + “regime diverso” totalizou 484 resultados. Já a pesquisa sob os critérios “prisão preventiva” + “desproporcionalidade” + “regime” totalizou 483 resultados. Ambas as pesquisas foram ordenadas do julgado mais atual para o menos, dentro do critério temporal selecionado. Optou-se pelas palavras-chave citadas após se diligenciarem com outros tópicos e concluir-se que as elencadas originavam os resultados mais coesos com a pesquisa pretendida. Dentre os resultados obtidos e verificados, havia decisões não referentes ao tema perquirido na presente pesquisa, contudo em minoria, é certo. Ademais, por outro lado, restou apurado que não só os argumentos ventilados se repetiam, mas mesmo a própria redação do argumento *idem*. Assim, é possível considerar que as decisões elencadas representam linhas decisórias utilizadas em universo superior a tão somente os processos dos quais advieram os julgados selecionados.

Selecionou-se, assim, considerando esse cenário, 10 (dez) decisões, com diferentes argumentos de justificação para a desnecessidade de congruência entre a prisão preventiva e eventual pena em concreto aplicada e 10 (dez) decisões em que o julgador realizou a projeção da pena, utilizando-a como fundamento, por vezes, para manter a segregação cautelar e por outras para revogá-la. Passa-se, assim, a análise, em primeiro lugar, das decisões que julgavam desnecessária a projeção, estudando-se os fundamentos utilizados e traçando um paralelo com a doutrina.

Embora evidente que a fundamentação das decisões não se limite à um ou outro argumento, para fins didáticos e de estudo, se passa a extrair e pontuar a linha decisória principal de cada ementa. Depreende-se da análise, assim, que o primeiro fundamento evocado para justificar a desnecessidade de congruência é a natureza diversa dos institutos, uma vez que a prisão preventiva têm natureza processual e cautelar e a pena em concreto a ser fixada é de natureza material ^{37 38 39 40}.

³⁷ HABEAS CORPUS. DELITO CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. O decreto prisional está suficientemente fundamentado, sendo justificada a necessidade da segregação cautelar no caso concreto, pois presentes os requisitos dos artigos 312 e 313, ambos do CPP. Embora o delito de furto tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça, o reiterado envolvimento do paciente em atividades ilícitas (Clodoaldo é reincidente, pois ostenta duas condenações transitadas em julgado pela prática dos delitos de roubo majorados, está condenado provisoriamente em feito que apura o delito de furto qualificado e, ainda, responde a outro expediente criminal pela prática, em tese, de crime idêntico), demonstra sua propensão para o crime, justificando a prisão preventiva e a inadequação das medidas cautelares diversas, pois, tudo evidencia que, permanecendo solto, voltará a delinquir. MATÉRIA DE PROVA. A alegação de que não cometeu o delito imputado não merece ser enfrentada pela via estreita escolhida, pois não se presta para tal finalidade. No ponto, destaco que, em sede de prisão cautelar, vigora o princípio do in

Como visto, portanto, a natureza processual e cautelar da prisão preventiva é ventilada como argumento de incompatibilidade ou, no mínimo, de irrelevância quanto à sua congruência com a pena concreta a ser fixada.

dubio pro societate. REGIME PRISIONAL. DESPROPORCIONALIDADE. Quanto ao argumento lançado neste remédio constitucional de que, em caso de condenação, o regime de cumprimento da pena seria menos gravoso, entende-se descabida tal comparação, pois a prisão cautelar tem caráter processual e está relacionada ao critério da necessidade, não constituindo antecipação de pena. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus nº 70079927273, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 13/12/2018)

³⁸ HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. Decreto prisional, lançado em 07/09/18, devidamente fundamentado. Segundo a decisão hostilizada, o paciente foi preso em flagrante na posse de dinheiro, 25 pedras de crack e 5 pinos de cocaína. Assim, demonstrada a materialidade dos fatos e presente indícios suficientes de autoria, cabível prisão preventiva, para garantia da ordem pública. A presença de predicados pessoais favoráveis, por si só, não justifica a concessão da liberdade provisória. No caso, estão presentes os requisitos do art. 312 do CPP. A projeção da pena ou do regime a ser fixado em caso de condenação também não justifica a concessão da liberdade. A prisão, neste momento, tem natureza cautelar. Inviável a aplicação das cautelares diversas da prisão (previstas no art. 319 do CPP). Medidas insuficientes e inadequadas. O paciente, conforme o magistrado, já responde a feito diverso, pela prática de fatos da mesma natureza. Os demais argumentos apresentados pela defesa deverão ser analisados no momento processual oportuno, já que não é possível o exame de provas, de forma pormenorizada, em sede de habeas corpus. Observa-se que a magistrada de primeiro grau já recebeu a denúncia ofertada contra o paciente. O feito, atualmente, aguarda a realização de audiência de instrução designada para o dia 09/01/18. A prisão preventiva não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, nem se trata de execução antecipada de pena. A Constituição Federal prevê, no seu art. 5º, LXI, a possibilidade de prisão, desde que decorrente de ordem escrita e fundamentada. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus nº 70079308607, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em 19/12/2018)

³⁹ HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA. RISCO CONCRETO À ORDEM PÚBLICA. Tendo a prisão preventiva natureza processual, mostrando-se diversa, portanto, daquela decorrente de decisão condenatória, revela-se anódina, em se tratando de segregação cautelar, discussão acerca da pena a ser imposta a final, afigurando-se irrelevante a circunstância de mostrar-se possível, em futura condenação, a imposição de regime prisional diverso do fechado e, até mesmo, substituição da sanção carcerária por restritiva de direitos. Cuidando-se o tráfico de drogas de crime grave, a repercussão social dele decorrente, quer no âmbito da saúde pública, quer na esfera da criminalidade potencializada pelo uso e pelo comércio de substâncias entorpecentes está a evidenciar concreto risco à ordem pública a tornar necessária a prisão preventiva e obstar a aplicação das medidas cautelares a que alude o art. 319 do Código de Processo Penal. Segregação cautelar devidamente fundamentada, fundada nas circunstâncias em que se deu a prisão, decretada em razão de investigação policial dando conta da participação do paciente no delito de associação para o tráfico de drogas, sendo integrante da facção criminosa Os Manos e responsável pela guarda e pela venda de entorpecentes a usuários, juntamente com um dos corréus. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus nº 70079367173, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 07/11/2018)

⁴⁰ HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. CÓDIGO PENAL. ART. 157, ROUBO. EMPREGO DE FACA. EXISTÊNCIA DE FATO E AUTORIA. Prisão em flagrante. Roubo a pedestre. O crime foi praticado com uso de faca de serra, em plena via pública, à luz do dia. FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. Decisão que guarda suficiente fundamentação. Presença do requisito do art. 312, CPP garantia da ordem pública, evitando a reiteração criminosa e dos incisos I e II do art. 313, também do CPP. Paciente que, dois meses antes, fora preso em flagrante por furto, e concedida a liberdade provisória. Progressão criminosa. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. A prisão preventiva é cumprida segundo as regras do regime fechado, considerando indispensável a prisão em razão da periculosidade do agente. Prematura a pretensão de definir que o regime de cumprimento da pena, em caso de condenação, será mais brando. Ademais, a prisão preventiva não se confunde com prisão definitiva, pois diversos os seus fundamentos. PREDICADOS PESSOAIS. Predicados pessoais, mesmo que favoráveis, por si só, não autorizam a liberdade. MEDIDAS CAUTELARES Medidas cautelares diversas não se mostram suficientes, considerando as condições pessoais do paciente, bem analisadas na decisão determinante da prisão. ORDEM DENEGADA. UNÂNIME. (Habeas Corpus nº 70077551190, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 24/05/2018)

A natureza cautelar da prisão provisória, conforme explica Prado (2018, p. 99), advêm diretamente do princípio constitucional da presunção de inocência. Conforme estudado no primeiro capítulo desse trabalho, ainda, a doutrina conecta a cautelaridade com a instrumentalidade da prisão. Pollastri (2014, p. 76) reforça que a prisão, nesses casos, se justifica para assegurar os fins do procedimento penal, desde que necessária, assim como reforçado nas ementas colacionadas. Isso importa dizer que, preenchidos os requisitos legais – no caso da prisão preventiva, os do artigo 312 e 313 do Código de Processo Penal –, mostrando-se a segregação provisória necessária para acautelamento do processo, essa se justifica independente da pena em concreto. É justamente o que expõe a Desembargadora Relatora Isabel de Borba Lucas no voto do HC 70080018385⁴¹: “Se presentes os requisitos mencionados, caso dos autos, desimporta a possibilidade, neste tipo de delito, de que eventual pena aplicada seja cumprida em regime carcerário mais brando que o atual.” (LUCAS, 2018, p. 6). Essa posição, assim, considera a finalidade da prisão cautelar, que diverge da prisão pena. Conforme exposto no segundo capítulo, as teorias da pena a definem conforme intencione retribuição, prevenção ou ambos, diferente, assim, da prisão cautelar, de forma que, sob essa linha de raciocínio, não se comunicam.

⁴¹ HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE AGENTES. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. OFENSA À ORDEM PÚBLICA CONFIGURADA. Presentes os pressupostos e os requisitos da prisão preventiva, até mesmo por se tratar de delito grave in concreto, ainda que não praticado mediante emprego de violência ou grave ameaça, pois cometido em concurso de agentes e com rompimento de obstáculo, que causou dano ao patrimônio público, tratando-se de subtração de ar-condicionado do interior do prédio do Fórum de Sobradinho, que estava em obras e que já havia sido alvo de diversos furtos qualificados, demonstrando a ousadia e periculosidade do paciente e a necessidade de sua segregação cautelar, para a garantia da ordem pública, tudo corroborado com os suficientes indícios de autoria e prova da materialidade do delito, bem como não havendo qualquer ilegalidade na prisão, é de ser denegada a ordem. NATUREZA PROCESSUAL DAS PRISÕES CAUTELARES. As prisões cautelares têm natureza processual, uma vez que estão pautadas pelos requisitos elencados no artigo 312 do CPP, quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou assegurar a aplicação da lei penal, não constituindo forma de cumprimento antecipado de eventual pena, desimportando, deste modo, a possibilidade, neste tipo de delito, de que eventual pena aplicada seja cumprido em regime carcerário mais brando que o atual. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. LEI Nº 12.403/11. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO AO PACIENTE. É sabido que o decreto de prisão preventiva deve ser tido como a última ratio, como bem refere o §6º do artigo 282 do CPP. Entretanto, diante dos elementos contidos nos autos, impõe-se a sua manutenção. A prisão preventiva não depende de prévia imposição de medidas cautelares diversas, quando estas não se revelarem aptas a atingir sua finalidade. Na espécie, não se vislumbra outra possibilidade, senão a manutenção da segregação. CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS. Eventuais condições subjetivas favoráveis do paciente não obstam a decretação da prisão preventiva, nem lhe conferem o direito subjetivo à concessão de liberdade provisória. AFASTADA DA DECISÃO SEGREGATÓRIA A NECESSIDADE DA PRISÃO POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. DENEGADA A ORDEM. (Habeas Corpus nº 70080018385, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 19/12/2018)

O segundo argumento extraído, mesmo das ementas anteriores, é, em resumo, que a prisão preventiva não é antecipação de pena⁴² e, assim sendo, não necessita guardar relação com essa.

Essa linha decisória, conforme se depreende, avança na caracterização da prisão preventiva como cautelar ao reforçar as consequências dessa conceituação: que a prisão preventiva não é antecipação de pena. Fundamenta-se, primordialmente, no entendimento consagrado de que o instituto da prisão cautelar não implica afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência, visto que a própria Carta Magna previu também a possibilidade de prisão. É precisamente o que expõe a Desembargadora Relatora Cristina Pereira Gonzales no voto do HC n 70080022916⁴³:

Vale ressaltar que a prisão preventiva não implica em ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, haja vista que tem natureza cautelar e foi

⁴² HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. Decreto prisional, lançado em 07/09/18, devidamente fundamentado. Segundo a decisão hostilizada, o paciente foi preso em flagrante na posse de dinheiro, 25 pedras de crack e 5 pinos de cocaína. Assim, demonstrada a materialidade dos fatos e presente indícios suficientes de autoria, cabível a prisão preventiva, para garantia da ordem pública. A presença de predicados pessoais favoráveis, por si só, não justifica a concessão da liberdade provisória. No caso, estão presentes os requisitos do art. 312 do CPP. A projeção da pena ou do regime a ser fixado em caso de condenação também não justifica a concessão da liberdade. A prisão, neste momento, tem natureza cautelar. Inviável a aplicação das cautelares diversas da prisão (previstas no art. 319 do CPP). Medidas insuficientes e inadequadas. O paciente, conforme o magistrado, já responde a feito diverso, pela prática de fatos da mesma natureza. Os demais argumentos apresentados pela defesa deverão ser analisados no momento processual oportuno, já que não é possível o exame de provas, de forma pormenorizada, em sede de habeas corpus. Observa-se que a magistrada de primeiro grau já recebeu a denúncia ofertada contra o paciente. O feito, atualmente, aguarda a realização de audiência de instrução designada para o dia 09/01/18. A prisão preventiva não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, nem se trata de execução antecipada de pena. A Constituição Federal prevê, no seu art. 5º, LXI, a possibilidade de prisão, desde que decorrente de ordem escrita e fundamentada. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus nº 70079308607, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em 19/12/2018)

⁴³ HABEAS CORPUS. ROUBOS MAJORADOS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA A PRISÃO PREVENTIVA AFASTADA. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Tendo o auto de prisão em flagrante sido homologado pela autoridade judiciária, que converteu a prisão em preventiva, fica superada a realização da audiência de custódia, não havendo falar em nulidade. Precedente do STJ. 2. O modus operandi do paciente, que teria praticado dois delitos de roubo a pedestre, em curto espaço de tempo, em concurso de pessoas e mediante grave ameaça perpetrada com o emprego de arma de fogo, revela a sua periculosidade a justificar o decreto da prisão preventiva como forma de garantia da ordem pública. 3. Decisão atacada que visa a proteger a comunidade da reiteração criminosa, não implicando em violação ao princípio da presunção de inocência porque devidamente fundamentada e ainda porque a prisão tem natureza cautelar, não configurando antecipação de pena. 4. A primariedade do paciente, as eventuais condições pessoais favoráveis e a possibilidade de vir a cumprir pena em regime menos gravoso não impedem a segregação cautelar quando presentes os requisitos da medida extrema, como ocorre na espécie. 5. A aplicação de cautelar diversa da prisão revela-se insuficiente, pois nenhuma das medidas elencadas no do art. 319 do Código de Processo Penal seria hábil a garantir a ordem pública. 6. Inviável, ainda, na estreita via de conhecimento do habeas corpus, o exame aprofundado da prova, valendo ressaltar que, para o decreto da prisão preventiva bastam indícios de autoria e materialidade, presentes na espécie. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus nº 70080022916, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 18/12/2018)

recepcionada pela Constituição Federal, como se infere de seu artigo 5º, incisos LXI e LXVI, e tampouco configura antecipação de pena (GONZALES, 2018, p. 8)

Explica, entretanto, Aury Lopes Jr. (2017, p. 22), que essa coexistência entre a regra (liberdade, pela presunção de inocência) e exceção (prisão provisória) sustenta-se, precisamente, através da observância de sua base principiológica, aprofundada no primeiro capítulo (a saber, jurisdicionalidade e motivação, excepcionalidade, proporcionalidade, provisoriedade e provisionalidade). Badaró avança e afirma que “a prisão preventiva será legal e legítima se tiver natureza cautelar, mas não poderá constituir uma antecipação da condenação penal” (2008, p. 387). Vislumbra-se, assim, como os dois fundamentos até então elencados estão conectados: é o que diz também a doutrina, pois a prisão cautelar será constitucional quando cumprir sua instrumentalidade e, conseqüentemente, não funcionar como antecipação de pena.

O funcionamento da prisão cautelar como pena antecipada, contudo, é, como visto brevemente no primeiro capítulo, a principal preocupação dos doutrinadores. Ferrajoli já expunha

a perversão mais grave do instituto, legitimada infelizmente por Carrara e antes de tudo por Pagano, foi a sua mutação de instrumento exclusivamente processual destinado à “estrita necessidade” instrutória para instrumento de prevenção e defesa social, motivado pelas necessidades de impedir que o imputado cometa outros crimes (2014, p. 509).

Assim, há hipóteses, especialmente na prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, em que a prisão cautelar, sob outros títulos, assume funções de pena. Lopes Jr. (2014, p. 784), ao criticar os argumentos utilizados, refere justamente isso, aduzindo que esses ou não são verificáveis – se preso alguém para evitar a reiteração delitiva, extingue-se esse risco, porém não há como se aferir se, de fato, a reiteração ocorreria – ou são fabricados – o clamor público, por exemplo, geralmente é induzido pela própria ação policial, que deliberadamente divulga informações sobre o fato gerando opinião, em verdade, mais publicada que pública -. Isso implica no vazio do propósito cautelar da medida.

Aqui também se reveste de importância a reflexão sobre se, então, qualquer dessas justificativas é forte o suficiente para justificar uma segregação cautelar que não se confirme em eventual condenação. Isso é, poderá a credibilidade das instituições justificar a prisão de um indivíduo se a pena que será cominada ao delito não justifica? Se a credibilidade da Justiça cria a necessidade de segregação em um momento, não é incoerente que não se julgue atentado à sua credibilidade a condenação ao regime semiaberto ou aberto? Por que razão a

aplicação de medidas cautelares, nesses casos, não se mostra suficiente mas a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou pecuniária posterior sim?

Delineia-se, assim, a percepção de que o mero enquadramento formal do fato à previsão legal (crime que atende tanto aos requisitos, quanto aos pressupostos e fundamentos da prisão preventiva) nem sempre significa que, faticamente, se enquadre; não é, entretanto, como se depreende da análise da jurisprudência, o que os julgadores sempre entendem, visto que justificam a manutenção da segregação cautelar uma vez que presentes os requisitos da espécie.

Importante ressalva, por outro lado, traça Badaró (2008, p. 389-390), que entende que a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública ou da ordem econômica não tem natureza cautelar, enquanto que a fundada na conveniência da instrução criminal e na garantia de aplicação da lei penal, sim.

Da análise das ementas até então colacionadas, de qualquer forma, depreende-se que, sob diferentes formas, o que justifica a desnecessidade de consideração da pena em concreto, para os julgadores, é a teoria das prisões cautelares, especialmente sua natureza jurídica. Essa fundamentação considera a discussão sobre a prisão em concreto irrelevante. Outra linha decisória, ainda que no mesmo sentido, contudo, considera a impossibilidade da discussão, uma vez que considera incabível a projeção da pena^{44 45 46}.

⁴⁴ HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR ATO DO JUIZ DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. Consubstanciada a preventiva na necessidade de precaver a ordem pública e havendo prova da materialidade e suficientes indícios de autoria, atende-se às exigências contidas no artigo 312 do Código de Processo Penal. Prisão que está de acordo com a ordem jurídica vigente, incorrendo ofensa a mandamento contido no inciso LXI do artigo 5º da Carta da República. Medida que, embora extrema, não representa antecipação de pena ou ofensa à garantia da presunção de não culpabilidade. [...] Condições pessoais favoráveis que, acaso presentes, não afastariam a necessidade e a suficiência da segregatória nesta etapa do procedimento originário. Inteligência dos incisos I e II do artigo 282 do CPP, revelando-se inadequada sua substituição por cautelares diversas elencadas no artigo 319 do mencionado Estatuto. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM BASE NOS ELEMENTOS REUNIDOS AO INQUÉRITO POLICIAL. [...] GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. Evidencia a periculosidade do agente a gravidade concreta do delito, consubstanciada na sua natureza, meios de execução e resultados danosos produzidos às vítimas. ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO QUE IMPINGE REGIME MAIS SEVERO QUE EVENTUAL CONDENAÇÃO. Argumento ventilado pela impetrante defensor constituído - no sentido de que o regime inicial de cumprimento da privativa de liberdade será mais brando que o fechado, configura mera suposição, já que não é possível aquilatar antecipadamente a sanção que será imposta e conseqüentemente o regime de expiação pelo julgador singular acaso seja condenado. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus nº 70079913067, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 19/12/2018)

⁴⁵ HABEAS CORPUS. DELITOS DE LESÃO CORPORAL E AMEAÇA, COM INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA, DENTRE OUTROS. Depreende-se dos documentos digitalizados que o paciente foi autuado em flagrante, na data de 26OUT2018, pela suposta prática dos delitos tipificados nos artigos 129, § 9º, 140, 147 e 163, todos do Código Penal, combinado com o artigo 7º, inciso I, da Lei nº 11.340/06. [...] Descabido, por outro lado, o argumento de desproporcionalidade do cárcere cautelar à futura pena do paciente e o regime de cumprimento de pena a ser imposto, na medida em que só a conclusão da instrução criminal e a análise completa das diretrizes do artigo 59 do Código Penal serão capazes de revelar qual será a pena

Com efeito, conforme aprofundado no segundo capítulo, a fixação da pena obedece ao critério trifásico, em que, na primeira fase, se fixará a pena-base a partir das circunstâncias judiciais, na segunda, a pena-provisória, considerando as atenuantes e agravantes e, por fim, a pena-definitiva, a partir das causas de aumento e diminuição verificadas no caso concreto (GRECO, 2014, p. 569). Nesses julgados, os julgadores consideraram que a fixação da pena depende da instrução criminal, sendo impossível prevê-la com os elementos dos autos. Por vezes, justificam a impossibilidade também em razão da via eleita – o Habeas Corpus, que prejudica a produção de provas.

Deveras, quando se considera a subjetividade de alguns critérios – a personalidade do agente, por exemplo -, aliada aos momentos autorizados de decretação da prisão preventiva, que pode ser mesmo antes da instauração de inquérito policial (LOPES JR., 2014, p. 849), o raciocínio traçado pelos julgadores é coeso, na medida em que, especialmente em sede de Habeas Corpus, não se há como aferir todos os critérios e, assim, prever a pena em concreto.

Por outro lado, necessário considerar as críticas doutrinárias aos próprios critérios de fixação da pena – continuando-se no exemplo da personalidade do agente, quando Salo de Carvalho o abarca no que chama de princípio da secularização, ao considerar parâmetro de direito penal do autor (2004, p. 54) – e que, na ausência de prova sobre um dos critérios, esse não influenciará na pena a ser fixada. Assim, como se verá também nas jurisprudências colacionadas a seguir, a impossibilidade da fixação da pena não é absoluta.

adequada e o regime ideal para o seu cumprimento, sendo inviável tal discussão, neste momento, bem como impossível a concessão da ordem por este argumento, por se tratar de mera presunção. Além disso, a via eleita não se presta para tal exame. Noutro ponto, este órgão fracionário possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, por si só, não impede a decretação da prisão preventiva, notadamente se há nos autos elementos suficientes para justificar a cautelar, nem atenta contra o princípio constitucional da presunção de inocência. Dessa forma, presentes todos os requisitos autorizadores da medida, nos termos dos artigos 312 e 313 do CPP, a manutenção da custódia cautelar se faz necessária, não sendo caso de adoção de providência cautelar diversa da prisão (artigo 319 do CPP). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus nº 70079815007, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 29/11/2018)

⁴⁶ HABEAS CORPUS. ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRISÃO PREVENTIVA. MANUTENÇÃO. As circunstâncias do caso concreto demonstram a probabilidade de o paciente, sendo soltos, vir a praticar novo delito, o que fundamenta a segregação excepcional na necessidade de garantir a ordem pública. DESPROPORCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DIANTE DE EVENTUAL CONDENAÇÃO. Não merece acolhimento a tese sustentada na impetração quanto à desproporcionalidade da prisão preventiva diante de eventual pena e regime de cumprimento a ser aplicados em caso de condenação, por não ser possível, neste momento processual, antever, com certeza, a pena que talvez seja imposta ao final do julgamento da ação penal. Ademais, a prisão preventiva não se confunde com a antecipação de pena, uma vez que a segregação cautelar possui fins específicos. Precedente do STJ. PREDICADOS PESSOAIS. INSUFICIÊNCIA PARA ENSEJAR SOLTURA. ORDEM DENEGADA. UNÂNIME. (Habeas Corpus nº 70079956017, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Mello Guimarães, Julgado em 18/12/2018)

Ainda, e já se passando, parcialmente, à análise das jurisprudências em que se projetou a pena, conveniente ressaltar uma das ementas selecionadas⁴⁷. Nela, ao mesmo tempo em que se defendeu que não havia como projetar a pena em concreto e, assim, não se haveria substrato para relaxar a prisão, logo em seguida se projetou a pena, para afirmar que, ao contrário do sustentado pela Defesa, os réus provavelmente iriam ser condenados à pena em regime fechado e, assim, não haveria desproporcionalidade na prisão cautelar. Como reforçado anteriormente e como se verá, a projeção da pena para verificação de congruência não é elemento utilizado meramente para soltar os indivíduos, mas sim também para manter a segregação. Nessa ementa, o julgador se valeu dos dois raciocínios, mas acabou por adotar o fundamento que justifica a projeção da pena: a proporcionalidade da medida.

Dentre as 10 jurisprudências selecionadas em que se procedeu à projeção da pena em concreto, seja para conceder a liberdade provisória ou para manter a segregação cautelar, a pedra de toque arguida foi a proporcionalidade ou não da medida. A projeção foi feita considerando-se as penas em abstrato, os antecedentes, a reincidência ou primariedade, e mesmo condições pessoais favoráveis em geral, entre outros. Uma vez que, apesar dos elementos utilizados para verificar a proporcionalidade ou não da medida variarem para cada ementa selecionada, o fundamento é comum a todos – princípio da proporcionalidade – e é sobre esse que se aprofundará, optou-se por colacionar apenas algumas^{48 49 50} das ementas estudadas, mais para fins exemplificativos e que possibilitem remissão quando necessário.

⁴⁷ HABEAS CORPUS. DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. [...] O interesse público, por certo, exige a proteção das pessoas de bem, mediante a efetiva segregação de indivíduos destemidos e incrédulos com a força dos poderes constituídos do Estado. Ademais, a custódia cautelar se mostra necessária para aplicação da lei penal. Com efeito, segundo constou da representação pela prisão preventiva, os policiais civis, ao chegarem à residência do denunciado Anderson, constataram que ambos estavam com as malas prontas, indicativo de que iriam fugir. Quanto à tese defensiva de que a manutenção da cautelar provisória importaria uma restrição à liberdade maior que eventual condenação, ressalte-se que não há como acolher tal pretensão. Isso porque, neste momento, é impossível fazer ilações sobre a perspectiva de pena in concreto e do regime de cumprimento de pena a ser imposto aos pacientes, uma vez que decorrem da ponderação dos elementos de prova a serem produzidos na instrução criminal. De mais a mais, os pacientes foram denunciados pelo cometimento de dois delitos, sendo um deles de homicídio qualificado, por duas vezes, cuja pena mínima é superior a 08 anos, o que impõe, nos termos da lei, o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda. Noutro ponto, este órgão fracionário possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, por si só, não impede a decretação da prisão preventiva, notadamente se há nos autos elementos suficientes para justificar a cautelar, nem atenta contra o princípio constitucional da presunção de inocência. Dessa forma, presentes todos os requisitos autorizadores da medida, nos termos dos artigos 312 e 313 do CPP, a manutenção da custódia cautelar se faz necessária, não sendo caso de adoção de providência cautelar diversa da prisão (artigo 319 do CPP). Ausência de constrangimento ilegal. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus nº 70079808994, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 29/11/2018)

⁴⁸ HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA. PRISÃO PREVENTIVA IMPOSTA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO. ITER CRIMINIS LONGE DA CONSUMAÇÃO. PACIENTE QUE NÃO CHEGOU A SUBTRAIR QUALQUER OBJETO. CASO EM QUE, APESAR DOS ANTECEDENTES, SE FAZ POSSÍVEL

A proporcionalidade é princípio, antes de tudo, constitucional, embora não positivado na Carta Magna de 1988, conforme reforçam Távora e Alencar (2014, p. 82). Isso pois, explica Bonavides (2015, p. 282), está diretamente ligado ao próprio advento do Estado democrático de Direito, intrinsecamente conectado com a Constituição. Alexy (2008, p. 118) pontua que o princípio decorre da própria essência dos princípios e direitos fundamentais. Coadunando-se o exposto pelos três autores, é possível concluir, portanto, que é inerente a um sistema de direitos e garantias constitucionais seu próprio sopesamento, o que será feito, invariavelmente, pelo emprego da proporcionalidade em suas três máximas parciais: “a adequação, a necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e a proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito)” (ALEXY, 2008, p. 119).

Como se depreende, portanto, a proporcionalidade é princípio que rege toda a estrutura jurídica brasileira a partir da Constituição. Nucci (2015, p. 203), ao enfocá-lo sob o aspecto do processo penal, o qualifica como princípio constitucional penal implícito, concernente à atuação do Estado sobre o indivíduo. Gera efeitos na esfera legal, ao ditar o objetivo do legislador em qualquer criação ou alteração das normas, em outros princípios penais e na

ANTEVER O ESTABELECIMENTO DE REDUZIDA PENA E REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. FATO QUE TERÁ REPERCUSSÕES NA EXECUÇÃO PENAL QUE O PACIENTE ESTÁ A RESPONDER. PACIENTE QUE COMPROVOU TER TRABALHO CERTO. NECESSIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA NÃO EVIDENCIADA. Ordem concedida. (Habeas Corpus nº 70079979902, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 18/12/2018)

⁴⁹ HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. Decreto prisional fundamentado. Conforme a magistrada, a paciente e o corréu, em seus interrogatórios policiais, inclusive admitiram que guardavam entorpecentes. De acordo com o expediente, durante as diligências policiais, foram encontrados na residência 440g de crack, uma balança de precisão, além de outros objetos, supostamente relacionados a prática da traficância. Dessa forma, demonstrada a materialidade dos fatos e presentes indícios suficientes de autoria, cabível a prisão preventiva da paciente, especialmente para garantia da ordem pública. Inviável a aplicação das cautelares diversas da prisão (previstas no art. 319 do CPP), pois medidas insuficientes e inadequadas. A presença de predicados pessoais favoráveis, por si só, não justifica a concessão da liberdade. No caso, estão presentes os requisitos do art. 312 do CPP. A projeção da pena ou do regime a ser fixado em caso de condenação também não justifica a concessão da liberdade. Conforme certidão de antecedentes, observa-se que a paciente já possui condenação, a uma pena de 6 anos e 5 meses de reclusão, pela prática de tráfico de drogas e associação para o tráfico. Os demais argumentos apresentados pela defesa deverão ser analisados no momento processual oportuno, já que não é possível o exame de provas, de forma pormenorizada, em sede de habeas corpus, de cognição sumária. O Ministério Público ofereceu denúncia contra os acusados, dando a paciente como incurso nas sanções do art. 33, caput, art. 35, caput, e art. 40, inc. III, todos da Lei 11.343/06, incidindo, inclusive, no art. 61, inc. I, do CP. A prisão preventiva não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, nem se trata de execução antecipada de pena. A Constituição Federal prevê, no seu art. 5º, LXI, a possibilidade de prisão, desde que decorrente de ordem escrita e fundamentada. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus nº 70079148557, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em 29/11/2018)

⁵⁰ HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÕES LEVES. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. PRISÃO PREVENTIVA. FIANÇA. Paciente esteve preso preventivamente em regime mais severo do que o eventualmente lhe pode ser aplicado no caso de condenação. Assim, há desproporcionalidade na medida extrema de segregação cautelar. Manutenção da liminar parcialmente deferida para substituir a prisão por medidas cautelares diversas. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (Habeas Corpus nº 70077837011, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 22/08/2018)

esfera de aplicação do Direito, como é o caso nas jurisprudências selecionadas. Távora e Alencar (2014, p. 82), a exemplo de Aury Lopes Jr. (2017, p. 48), explicam que o princípio adquire no processo penal facetas opostas: em um lado, significando verdadeira “proibição de excesso”, na medida em que limita a intervenção e arbítrio estatal na vida do indivíduo, e, de outro, em “proibição de infraproteção ou proteção deficiente”, representando suficiente intervenção do Estado na sociedade de forma a cumprir com o objetivo de garantidor dos direitos individuais e sociais consagrados.

Lopes Jr. expõe, ao comentar a proporcionalidade especificamente frente às prisões cautelares, que o princípio, precisamente, norteará a conduta do julgador diante do caso concreto, que deverá “ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*” (2017, p. 45).

Considerando esse necessário pano de fundo doutrinário, verifica-se que nas jurisprudências selecionadas, assim, os julgadores se valeram do princípio da proporcionalidade não só quanto à pena em si, mas, primordialmente, na medida em que ponderaram a justeza da intervenção estatal na segregação da liberdade dos réus, o que justificou, em um segundo momento, projetar a pena e verificar a proporcionalidade da medida cautelar com a provável pena a ser aplicada.

No voto proferido pela Desembargadora Relatora Isabel de Borba Lucas no HC n 70079036596⁵¹, com efeito, restou assim fundamentado:

Bem verdade que as prisões cautelares têm natureza processual, uma vez que estão pautadas pelos requisitos elencados no artigo 312 do CPP, quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou assegurar a aplicação da lei penal, não constituindo forma de cumprimento antecipado de eventual pena, desimportando, deste modo, a possibilidade de que

⁵¹ HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO SIMPLES. PRISÃO PREVENTIVA QUE, ATÉ A PRÓXIMA AUDIÊNCIA APRAZADA, PERDURARÁ POR MAIS DE ONZE MESES. COAÇÃO ILEGAL RECONHECIDA. IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. MEDIDAS CAUTELARES DA LEI Nº 12.403/11. ARTIGO 319, I E IV, DO CPP. Na espécie, considerando o crime imputado ao paciente, receptação simples, cuja pena cominada é de 01 (um) a 04 (quatro) anos de reclusão e multa, bem como que, até a data aprazada para a próxima audiência, ele permaneceria preso preventivamente, por este feito, por mais de onze meses, desarrazoada se mostra a manutenção da segregação preventiva, pois já terá cumprido quase a totalidade da pena que lhe será imposta, em caso de eventual condenação, ou, pelo menos, mais da metade desta, recolhido em regime equivalente ao fechado. Com o advento da Lei nº 12.403/11, ainda que ausentes os requisitos para a prisão preventiva, deve ser analisada a possibilidade e a necessidade de imposição de medidas cautelares, aos pacientes, diversas da prisão, previstas no artigo 319 do CPP. Aqui, necessária e adequada a adoção das medidas cautelares previstas nos incisos I e IV do mencionado dispositivo legal. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, POR MAIORIA, COM A APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. (Habeas Corpus nº 70079036596, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 14/11/2018)

eventual pena aplicada seja cumprida em regime carcerário mais brando. No entanto, na espécie, o paciente encontra-se segregado cautelarmente desde 06 de fevereiro de 2018, ou seja, há mais de nove meses, não se realizando as duas últimas solenidades, aprazadas para os dias 29/08/2018 e 26/10/2018, em razão da sua não condução, pela SUSEPE, sendo designada audiência para o dia 16/01/2018, daqui a pouco mais de dois meses, conforme se extrai de consulta à movimentação processual, no sítio deste Tribunal de Justiça. Dessa forma, ainda que considerada a sua reincidência como circunstância agravante, nos termos do artigo 61, I, do CP, tem-se que IVO já terá cumprido quase a totalidade da pena que lhe será imposta, em caso de eventual condenação, ou, pelo menos, mais da metade desta, recolhido em regime equivalente ao fechado, não se mostrando razoável e proporcional a manutenção de sua segregação cautelar, já que, certamente, teria condição de, caso já condenado, ter progredido ao regime aberto. (LUCAS, 2018, p. 5).

A fundamentação transcrita não se deu por escolha desarrazoada, e sim pois traça contraponto necessário às fundamentações utilizadas tanto no sentido de ser descabida a projeção da pena quanto no de a ser necessária. No voto, a Desembargadora reconhece a natureza cautelar da segregação cautelar e a circunstância de que, via de regra, não implica em antecipação de pena; contudo, suplanta os argumentos em favor, precisamente, do princípio da proporcionalidade.

Necessário referir, nesse sentido, que por esse raciocínio também a manutenção da segregação cautelar independente da projeção da pena em razão do preenchimento dos requisitos legais (artigo 312 e 313 do CPP), conforme estudado anteriormente, não se sustenta; isso pois, conforme exposto, o princípio da proporcionalidade é implícito e de caráter constitucional, devendo ditar a interpretação normativa hierarquicamente subsidiada à Constituição.

Retornando-se à análise do voto, entretanto, percebe-se que a Desembargadora traçou raciocínio considerando as vertentes do princípio, na esteira do que expõe Aury Lopes Jr., ao comentar que a aplicação da proporcionalidade implica a imposição da prisão cautelar somente “aos casos excepcionais, em que seja realmente necessária, adequada e idônea para o atingimento de seus fins” (LOPES JR., 2017, p. 46). De outra banda, remetendo-se igualmente às jurisprudências colacionadas em que não se projetou a pena, depreende-se que esse foi o raciocínio exercido. Tome-se como exemplo a conclusão do voto da Desembargadora Naele Ochoa Piazzetta do HC n 70079913067:

Assim, da análise conjunta dos elementos colacionados, confirmo a decisão nos termos em que proclamada, afigurando-se a custódia necessária, suficiente e adequada para garantia e preservação da ordem pública, conforme exigem regras contidas nos incisos I e II do artigo 282 do Código de Processo Penal, sendo descabido cogitar de substituição nos termos do artigo 319 do referido Estatuto (grifo nosso) (PIAZETTA, 2018, p. 8).

Isso pois, precisamente, considerou a natureza cautelar da segregação e, com isso, sua finalidade (no caso, garantia da ordem pública), concluindo-a proporcional. Assim, por esse viés, possível constatar que mesmo pela ótica do princípio da proporcionalidade, por vezes, a congruência da pena pode ser dispensada, se o foco da proporcionalidade se detiver somente quanto à medida cautelar em si.

Por outro lado, merece atenção o raciocínio traçado pelo Desembargador Relator João Batista Marques Tovo, no voto proferido no HC n 70079262986⁵²:

Tenho dito que a proporcionalidade estrita, ou seja, a pena em perspectiva comparada com o regime fechado a que equivale a prisão preventiva, que a jurisprudência tem exigido quando se trata de garantir a ordem pública, não quando se trate de assegurar a aplicação da lei penal nem por conveniência da instrução criminal, é um standard a ser considerado, mas não é o único. Fosse assim, o legislador não haveria de permitir a grave medida em crimes de violência doméstica, ainda que para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. O que esta exceção e aquela feita ao condenado por outro crime doloso indica é que a proporcionalidade estrita cede vez à absoluta necessidade da prisão. De modo que, quando o cidadão tem um comportamento antissocial, a prisão é possível por ser indispensável para impor limites (TOVO, 2018, p. 7).

Bonavides (2015, p. 289) já dispunha que “uma das aplicações mais proveitosas contidas no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação”, a ser aplicado especialmente em situações de contraponto de direitos fundamentais. A fundamentação exposta emprega, é certo, o sopesamento conforme o princípio; entretanto, utiliza terminologias semelhantes às de Alexy – para não dizer erradas – que podem confundir sua análise. No caso concreto, a projeção da pena e sua consideração na manutenção ou não de eventual segregação cautelar foi denominada como “proporcionalidade estrita”; se se remeter aos conceitos de Alexy, torna-se evidente que a nomenclatura proposta não se confunde com a proporcionalidade em sentido estrito, essa significando “mandamento de otimização em face das possibilidades jurídicas” (2008, p. 118), enquanto que o termo usado pelo julgador refere-se literalmente à uma proporcionalidade estrita, no sentido de específica, qual seja, que considere a prisão cautelar e a pena.

Por outro lado, o julgador traça coerente contraponto com outra das acepções do princípio da proporcionalidade, essa, sim, em confluência com a conceituação de Alexy: a

⁵² HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO E CORRUPÇÃO DE MENOR. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRISÃO QUE SE REVELA DEVERAS DESPROPORCIONAL NA ATUALIDADE, SENDO POSSÍVEL ANTEVER ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL ABERTO, BEM COMO SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, EM EVENTUAL CONDENAÇÃO, O QUE IMPÕE, NESTE MOMENTO, A SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. Ordem concedida em parte. (Habeas Corpus nº 70079262986, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 21/11/2018)

necessidade. Seu exame, conceituado por Alexy como “exigência de que o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo” (2008, p. 119), coaduna-se com o entendimento traçado, que fez uso do sopesamento, ao concluir que apesar da proporcionalidade estrita indicar possibilidade de soltura do acusado, a necessidade da prisão cautelar, calcada nos requisitos da preventiva, justificava a manutenção. O julgador avança para, entretanto, concluir que a prisão, assim, era necessária até o momento; porém, considerando também a proporcionalidade estrita, já havia cumprido sua função (necessária) e, assim, tornou-se passível de revogação e imposição de medidas cautelares⁵³.

A jurisprudência, como se vê, é variada, opinando por vezes no sentido de que a discussão sobre a projeção da pena é irrelevante, valendo-se também da principiologia das prisões cautelares, especialmente sua natureza instrumental; nessa seara, aplica o princípio da proporcionalidade estrita sopesando a necessidade e adequação da medida conforme os requisitos da espécie. Por vezes, por outro lado, entende incabível a própria projeção, seja por falta de elementos nos autos ou por inadequação da via eleita ou, simplesmente, por considerar essa atividade inerente da conclusão da instrução criminal.

Por outro lado, ainda, também há posicionamentos no sentido de que, em razão do princípio da proporcionalidade, essa impossibilidade da projeção da pena é mitigada. Com efeito, conforme se depreende das jurisprudências estudadas, colacionadas aqui ou não, os julgadores se valeram de diversos aspectos nas projeções: pena em abstrato, primariedade, reincidência, etc., e as justificaram se valendo do princípio constitucional, interpretando-o como obrigação de confluência entre a prisão cautelar e a pena em concreto.

Entretanto e por fim, a jurisprudência também entende, por vezes, a necessidade e possibilidade da projeção, mas cuja mera admissão não justifica, por si só, a revogação ou mesmo a manutenção da segregação, devendo se coadunar, justamente também pelo princípio da proporcionalidade, com a necessidade e adequação da prisão cautelar. Esse posicionamento parece reunir elementos de todos os demais, e, embora, pelas jurisprudências analisadas, não seja o majoritário, parece estar em maior confluência não só com os princípios constitucionais, mas com as normas de direito material e processual que o estudo aqui proposto reúne.

⁵³ “Agora, julgo que não se faz satisfatório para manter segregação provisória muito desproporcional à pena em perspectiva, em eventual condenação. [...] Assim, não vejo superlativo *periculum libertatis* na atualidade a legitimar a manutenção da segregação provisória, que é equivalente ao cumprimento de pena em regime fechado. A prisão aqui já cumpriu o seu papel, sendo inviável mantê-la no contexto referido” (TOVO, 2018, p. 7-8).

Em resumo, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência não há ditame expresso nem certo nem no sentido de necessidade de confluência entre a prisão cautelar e a prisão pena, nem na sua desnecessidade. Pelo estudo de todas as esferas, reitera-se, parece que a medida que mais está de acordo com os direitos fundamentais de presunção de inocência e liberdade de locomoção do indivíduo mas também com a defesa da sociedade e com as normas que preveem a prisão cautelar é a consideração da prisão preventiva, das medidas cautelares disponíveis e da pena a ser aplicada em conjunto para a manutenção ou revogação de qualquer prisão provisória.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O elevado encarceramento no Brasil faz do estudo da prisão, seja ela cautelar ou definitiva, tema extremamente relevante na busca de soluções e justiça social. O presente estudo buscou aprofundar a partir da teoria e da prática se há como se afirmar, frente ao ordenamento jurídico vigente, uma necessidade de consideração da pena em concreto a ser fixada quando da decretação da prisão preventiva. A pesquisa reveste-se de importância no meio acadêmico vez que não há muitas publicações tratando especificamente do tema, de modo que permite ainda grande aprofundamento em panorama não estudado mas cotidiano na prática forense, e possibilitou a reunião dos diversos aspectos envolvendo o tema, bem como seus contrapontos. É, pelo mesmo motivo, especialmente importante para a sociedade, considerando-se também o número de presos, condenados ou provisórios, no Brasil.

Para tanto, em um primeiro momento se voltou para o Direito Processual Penal, a partir do instituto das prisões cautelares e da prisão preventiva especificamente; desse estudo, se concluiu que há uma preocupação doutrinária e mesmo legislativa com essa confluência, implicando, por exemplo, no balizamento da prisão preventiva conforme real possibilidade de condenação à pena privativa de liberdade. Já nesse momento, percebeu-se que o tema aqui proposto era tratado pelos autores especialmente a partir do viés do caráter excepcional da prisão cautelar e do princípio da proporcionalidade. E, por fim, denotou-se que a preservação da natureza cautelar e instrumental da prisão é o critério mais relevante para os doutrinadores, cuja preocupação residia na sua transmutação em antecipação de pena.

A seguir, aprofundou-se o instituto das penas, em especial a pena privativa de liberdade e a forma de sua aplicação. Pôde-se observar a flagrante diferença entre a finalidade, pelo menos teoricamente, da pena e da prisão cautelar, e a variedade de critérios que interferem, por força legal, na fixação da pena e, conseqüentemente, no regime de cumprimento da pena decretada. Por esse aspecto, afigurou-se a posição pela impossibilidade da projeção da pena, ao se considerar a subjetividade e nível de detalhamento dos critérios influenciadores na fixação da pena.

Por fim, a partir da análise de vinte ementas selecionadas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, verificou-se a aplicação prática dos questionamentos trabalhados a partir da doutrina. Por vezes, nas decisões selecionadas, se procedeu à projeção da pena em razão, especialmente, do princípio da proporcionalidade; com a projeção, novamente o princípio foi aplicado para aferir a necessidade e adequação da prisão cautelar. Por outro lado, por vezes não se procedeu à projeção ou por se considerar inviável com os elementos dos autos, na

esteira do indicado no segundo capítulo, ou por considerar a natureza e finalidades diversas dos institutos.

Com a pesquisa, é possível concluir que não há como se defender absolutamente a necessidade de congruência entre a prisão cautelar e o regime de condenação; de fato, por vezes pelos elementos dos autos não há como se prever a pena em concreto e a natureza dos institutos é mesmo diversa – se não o fosse, não haveria nem razão de ser de toda a fundamentação e princípios que os regem –. Entretanto, por outro lado, por força do sistema constitucional de direitos e princípios, por vezes a natureza e finalidade diversas podem e devem ser flexibilizadas em prol das garantias do acusado no processo penal. Basicamente, significa dizer que, para o tema aqui proposto, considerar o caso concreto é imprescindível.

Nesse sentido, conclui-se, em verdade, que a situação fática pode e deveria ser mais considerada nos casos concretos. Afinal, o que se percebe, infelizmente, em todo o Direito Penal, é um elevado teor de teoricidade e discussões abstratas cuja implicação nos reais protagonistas da persecução penal é sempre em seu desfavor. É sabido que o acusado no processo criminal segue, quase sempre, o mesmo perfil: pobre, negro e marginalizado, que fica a mercê de, justamente, as discussões abstratas sobre, por exemplo, as intenções do legislador. Imprescindível se considerar, ao tratar do presente tema, assim, que para o acusado não há diferença prática se cumpre uma prisão cautelar ou uma pena; o fato é que está segregado. Considerar esse panorama não significa abandonar a teoria, de maneira alguma, mas significa um dever do operador do Direito em aplicá-la fielmente a partir de princípios basilares do processo penal, quais sejam, o do *in dubio pro reo*, da presunção de inocência, da excepcionalidade das prisões cautelares. Significa considerar a realidade do caso concreto, do fato e do autor, porque não, em seu favor, ao contrário do que se faz no geral. E, pelo que se observa do estudado, essa consideração da situação fática não é só possível como é a indicada pela própria teoria, a partir da forma pela qual seja interpretada.

A partir da pesquisa realizada, assim, foi possível responder ao problema de pesquisa proposto e confirmaram-se algumas hipóteses levantadas, precisamente quanto à desnecessidade de congruência considerando-se a natureza cautelar da prisão ou a necessidade a partir do viés da proporcionalidade e razoabilidade. Durante a pesquisa se deparou com um artigo escrito por Gustavo Badaró exatamente com o mesmo perquirir, no qual concluía com propostas de mudanças legislativas. Esse era justamente um critério planejado mas que não foi possível aprofundar no presente estudo, qual seja: admitindo-se tratar a incongruência da prisão preventiva com o regime de condenação menos gravoso um vício, de que forma se sanaria esse problema, para o que se levantou, por um lado, a mera possibilidade de

interpretação conforme o princípio já consagrado da proporcionalidade, o que parece ser a conduta atual tomada pela jurisprudência. Por outro, entretanto, afigurou-se a opção de uma mudança legislativa, para, por exemplo, incluir como requisito para decretação da prisão preventiva uma dosimetria prévia pela Autoridade Judicial, a exemplo do que se faz na prescrição da pena projetada. Do estudo traçado e das bibliografias consultadas, essa seria uma linha de pesquisa possível para se continuar estudando o presente tema, evoluindo a pesquisa, sempre com o objetivo de elevar e aprofundar a discussão teórica com o intuito de tornar a aplicação do Direito mais justa e efetiva para a sociedade, cumprindo, em verdade, sua real razão de ser.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. Disponível em: <<http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alex-y-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2019.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prisão Preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 103, p. 381-408, jan./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67811/70419>>. Acesso em: 17 abr. 2019.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/987409aa856db291197e81ed314499fb.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2019.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio 2019.
- _____. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 maio 2019.
- _____. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 13 out. 1941 e retificado em 24 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 maio 2019.
- _____. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 10 maio 2019.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70077551190**, da 7ª Câmara Criminal. Relator: Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre: Julgado em 24 de maio de 2018. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70077551190.&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70079367173&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 17 maio 2019.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70077837011**, da 3ª Câmara Criminal. Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes. Porto Alegre: Julgado em 22 de

agosto de 2018. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70077837011&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70079148557&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 17 maio 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70079036596**, da 8ª Câmara Criminal. Relator: Isabel de Borba Lucas. Porto Alegre: Julgado em 14 de novembro de 2018. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70079036596&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70077837011&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 17 maio 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70079148557**, da 2ª Câmara Criminal. Relator: Rosaura Marques Borba. Porto Alegre: Julgado em 29 de novembro de 2018. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70079148557&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70079979902&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 17 maio 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70079262986**, da 5ª Câmara Criminal. Relator: João Batista Marques Tovo. Porto Alegre: Julgado em 21 de novembro de 2018. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70079262986&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70079036596&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 17 maio 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70079308607**, da 1ª Câmara Criminal. Relator: Rosaura Marques Borba. Porto Alegre: Julgado em 19 de dezembro de 2018. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70079308607&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70079927273+&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 17 maio 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70079367173**, da 1ª Câmara Criminal. Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto. Porto Alegre: Julgado em 07 de novembro de 2018. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70079367173&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8>

8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70079308607&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 17 maio 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70079808994**, da 2ª Câmara Criminal. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre: Julgado em 29 de novembro de 2018. Disponível em:

<[http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70079808994.&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70079956017&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+](http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70079808994.&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70079956017&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+>)>. Acesso em: 17 maio 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70079815007**, da 2ª Câmara Criminal. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre: Julgado em 29 de novembro de 2018. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70079815007&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70079913067&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>>. Acesso em: 17 maio 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70079913067**, da 8ª Câmara Criminal. Relator: Naele Ochoa Piazzeta. Porto Alegre: Julgado em 19 de dezembro de 2018. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70079913067&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70080022916&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>>. Acesso em: 17 maio 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70079927273**, da 6ª Câmara Criminal. Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak. Porto Alegre: Julgado em 13 de dezembro de 2018. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70079927273+&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>>. Acesso em: 17 maio 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70079956017**, da 2ª Câmara Criminal. Relator: Luiz Mello Guimarães. Porto Alegre: Julgado em 18 de dezembro de 2018. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70079956017&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70079815007&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>>. Acesso em: 17 maio 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70079979902**, da 5ª Câmara Criminal. Relator: João Batista Marques Tovo. Porto Alegre: Julgado em 18 de

dezembro de 2018. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70079979902&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70079808994.&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 17 maio 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70080018385**, da 8ª Câmara Criminal. Relator: Isabel de Borba Lucas. Porto Alegre: Julgado em 19 de dezembro de 2018. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70080018385&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70077551190.&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 17 maio 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70080022916**, da 5ª Câmara Criminal. Relator: Cristina Pereira Gonzales. Porto Alegre: Julgado em 18 de dezembro de 2018. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70080022916&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70079308607&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 17 maio 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 2. ed. Campinas: Russell, 2009.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em:

<<https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/03/luigi-ferrajoli-direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. **Revista Universitas Jus**, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/1206>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

GARCETE, Carlos Alberto. **Breves impressões acerca da novel Lei n. 12.403/11: Lei das Novas Medidas Cautelares Penais**. 2011. Disponível em:

<<http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/artigos/20110712091744.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial do Superior Tribunal de Justiça, 2 v., 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496219>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Prisões Cautelares**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Manual de Direito Penal**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: Minha Biblioteca. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. Disponível em: Minha Biblioteca. Acesso em 19 abr. 2019.

_____. **Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: Minha Biblioteca. Acesso em: 13 fev. 2019.

POLLASTRI, Marcellus. **A Tutela Cautelar no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Luis Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva – A Contramão da Modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: Minha Biblioteca. Acesso em: 08 abr. 2019.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: parte geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANGUINÉ, Odone. A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Nota Dez, n. 10, p. 114, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35. ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.