Opinião: A contemporaneidade dos fatos da preventiva conforme o STF

A promulgação da Lei 13.964/2019, vigente desde o último dia 23 de janeiro de 2020, talvez seja a mais importante alteração promovida no ordenamento processual penal positivado no Código de Processo Penal, no que repisada a estrutura acusatória processual estipulada na Constituição Federal de 1998, com destaque para a importante modificação das regras de competência criminal funcional no tocante à atuação jurisdicional nas fases de investigação e admissibilidade da acusação e de instrução e julgamento com a criação do modelo de juiz das garantias.

No tocante ao regramento das medidas cautelares pessoais, notadamente daquela mais gravosa — prisão preventiva —, o chamado pacote "anticrime" expressamente consignou, com a inclusão do parágrafo 2º no artigo 312[1] e do parágrafo 1º do artigo 315[2], ambos no Código de Processo Penal, a impossibilidade da constrição ou cautelar alternativa ser imposta em razão de fatos pretéritos, considerada a intrínseca urgência que justifica e legitima as medidas.

A força cogente dos dispositivos ganha maior ênfase se analisados à luz da também recém aprovada Lei de Abuso de Autoridade[3], que marca "o momento de reconciliação do sistema punitivo com os pilares essenciais do constitucionalismo democrático"[4], em cujo artigo 9º tipifica-se a conduta de quem decreta medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais.

De fato, entre os princípios que norteiam o regramento cautelar, seja pessoal ou patrimonial, o princípio da provisionalidade impõe a exigência de um suporte fático legitimador da constrição, já que se trata de providência situacional, na medida em que tutela uma situação fática[5]. Com efeito, "da normatividade da presunção de inocência — artigo 5º, LVII, da Constituição Federal — deflui que a prisão preventiva, tal qual as demais cautelares pessoais, é protetiva, e não satisfativa"[6].

Assim, a pertinência da contemporaneidade dos fatos descritos no decreto preventivo está relacionada com a delimitação do *periculum in libertatis* no tempo, fundamentando, concomitantemente, a própria imposição da constrição cautelar — medida excepcional voltada a resguardar risco atual decorrente do estado de liberdade do acusado. Isso porque, "no caso do processo penal, por meio da tutela cautelar se busca conservar um estado de fato (por exemplo, sequestrando o bem que seja proveito do crime) ou impor determinada constrição a direitos do acusado (por exemplo, a prisão preventiva ou a proibição de

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

ausentar-se do país), evitando que o longo tempo do processo possa gerar a inutilidade ou ineficácia do provimento final, no caso, de provável sentença penal condenatória"[7].

É dizer, o substancial transcurso de tempo entre a data do suposto cometimento dos crimes imputados e a data em que determinada a prisão, por outras palavras, implica o distanciamento do caráter prospectivo e instrumental da medida constritiva, certo que ela apenas se justifica em um Estado de Direito como uma cautelar destinada ao resguardo de acontecimentos futuros, e não como mecanismo de antecipação da pena. Isto é, o fundamento utilizado para tornar a medida adequada deve, necessariamente, ir de encontro com premissas palpáveis e iminentes, visto que "a prisão por ordem pública é ditada por razões materiais e quanto mais tempo se passar entre a data do fato (ou a data do conhecimento da autoria, se distinta) e a decretação da prisão, mais desnecessária ela se mostrará"[8].

A ausência de contemporaneidade dos fatos, mesmo antes da vigência da Lei 13.964/2019, ainda que timidamente, já vem sendo rechaçada pelos tribunais superiores, sendo pacífico, no Superior Tribunal de Justiça, que "a urgência intrínseca às cautelares, notadamente à prisão processual, exige a contemporaneidade dos fatos justificadores dos riscos que se pretende com a prisão evitar"[9].

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, como sói ocorrer, a matéria esbarra em interpretações diversas conforme seja apreciada, monocraticamente, pelos ministros da corte ou, colegiadamente, pela 1ª ou 2ª Turmas.

Deveras, ainda no final de 2019, o ministro presidente do STF, Dias Toffoli, já em análise perfuntória do HC 180.230, reconheceu a flagrante ilegalidade decorrente da ausência de contemporaneidade da constrição imposta dois anos após os fatos supostamente atribuídos ao investigado, assentando que "significativo espaço de tempo transcorreu entre a decretação da prisão e os ilícitos supostamente praticados"[10].

Do mesmo modo, no HC 169.959/RJ[11], seguindo o entendimento sedimentado pela 2ª Turma[12], o ministro Gilmar Mendes concluiu que o perigo representado pela liberdade do paciente à ordem pública ou à aplicação da lei penal poderia ser mitigado por medidas cautelares menos gravosas, uma vez decorrido "relevante período de tempo, aproximadamente cinco anos, entre a data dos supostos crimes cometidos e a decisão que decretou a prisão preventiva", tendo como descaracterizada a contemporaneidade dos fatos que justificaria a constrição.

Ainda nesse sentido, o ministro Marco Aurélio deferiu a medida de urgência no RHC 165.322[13] para afastar prisão preventiva imposta com intervalo de um ano, dois meses e 27 dias das supostas práticas delitivas, uma vez inviável falar-se em risco concreto à ordem pública sem a contemporaneidade a respaldá-la. A 1ª Turma, no entanto, em 27 de agosto de 2019, revogou a liminar anteriormente implementada, destacando que a apuração do crime teria se estendido até 2017, o que não seria apto a configurar a ausência de contemporaneidade, apesar de decretada a segregação somente em 2 de março de 2018[14].

Nessa linha de percepção delineada pela 1ª Turma, de maneira semelhante, ao analisar o HC 179.315[15], no bojo do qual discutiu-se a legalidade da prisão preventiva determinada dois anos após a data dos supostos fatos delituosos, a ministra Cármen Lúcia consignou a inexistência de ilegalidade

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

flagrante a ensejar a superação do óbice ao cabimento da impetração, aludindo ao decidido pelo Plenário, por maioria, no HC 143.333[16], acerca da relativização do critério cronológico, no que necessário avaliar “se o lapso temporal verificado neutraliza ou não, em determinado caso concreto, a plausabilidade concreta de reiteração delituosa”.

No mencionado caso analisado pelo Pleno, a prisão preventiva do paciente ocorreu em 30 de setembro de 2016, e os atos ilícitos teriam sido praticados entre 19 de julho de 2011 e 8 de março de 2013 — portanto, mais de três anos. Voto vencido, o ministro Dias Toffoli destacou a fragilidade dos motivos da custódia lastreada no combo ordem pública-periculosidade-risco de reiteração delitiva, “pois, ainda que amparada em elementos concretos de materialidade, os fatos que deram ensejo a esse aventado risco estão longe de ser contemporâneos do decreto prisional”.

Assim, não se desconhece que a absoluta ausência de atualidade dos fatos interfere na higidez da prisão processual. A jurisprudência, entretanto, oscila na adoção dos parâmetros de aferição da contemporaneidade dos fatos, indo da adoção do critério cronológico objetivo à extensão infinita dos riscos provocados pelo estado de liberdade do sujeito acusado ou investigado. Com isso, tendo em conta o dever jurídico do Poder Judiciário de obedecer às leis válidas e vigentes considerados os parâmetros constitucionais[17], o impacto causado pela inclusão dos parágrafos 2º, no artigo 312, e 1º, no artigo 315, no CPP, pela Lei 13.964/2019, embora não percebido de forma abrupta, é considerável, em vias para implementação de um efetivo processo penal democrático.

Fato é que, numa sociedade que vive intensamente a cultura geral da prisão, é preciso que se estabeleça um critério objetivo e racional para aplicação do mandamento legal, restringindo a possibilidade de imposição das preventivas com base em fatos ulteriores e ultrapassados a, pelo menos, inferiores a um ano, tendo em vista que“o melhor cárcere é aquele que não existe, e o cárcere será melhor quanto menos cárcere for”[18].

[1] "Art. 312. […]

2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)"

[2] "Art. 315. […]

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

[3] Lei 13.869, de 5 de setembro de 2019.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[4] MENDES, Gilmar Ferreira. Fernandes, Victor Oliveira. *Abuso de autoridade e o reencontro com o Estado de Direito*. Revista Consultor Jurídico, 3 de janeiro de 2020. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/opiniao-lei-cancellier-zavaski-lei-abuso-autoridade]. Acesso em: 29 de janeiro de 2020.

[5] LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 590.

[6] GOMES, Willian Akerman. *Fundamentos da prisão cautelar*. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda [et al.]. *Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 190.

[7] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 939.

[8] CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e medidas cautelares diversas*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 459

[9] STJ, HC 414.615, 6ª Turma, relator ministro Nefi Cordeiro, DJe 23 de outubro de 2017. Nesse sentido, ver também: HC 480.274, relator ministro Sebastião Júnior, julgamento em 7 de maio de 2019; HC 449.012, relator ministro Felix Fischer, julgamento em 19 de junho de 2018; HC 452.810, relator ministro Nefi Cordeiro, julgamento em 7 de junho de 2018.

[10] STF, HC 180.230, ministro Dias Toffoli, julgamento em 26 de dezembro de 2019.

[11] STF, HC 169.959, relator ministro Gilmar Mendes, julgamento em 18 de outubro de 2019.

[12] STF, HC 137.728, relator ministro Edson Fachin, redator para acórdão ministro Dias Toffoli, 2ª Turma, julgamento em 2 de maio de 2017; HC 136.223, relator ministro Edson Fachin, redator para acórdão ministro Dias Toffoli, 2ª Turma, julgamento em 25 de abril de 2017.

[13] STF, RHC 165.322, relator ministro Marco Aurélio, julgamento em 8 de maio de 2019.

[14] STF, RHC 165.322, relator ministro Marco Aurélio, redatora acórdão ministra Rosa Weber, julgamento em 27 de agosto de 2019.

[15]STF, HC 179.315, relator ministro Cármen Lúcia, julgamento em 16 de dezembro de 2019.

[16]STF, HC 143.333, relator ministro Edson Fachin, Plenário, julgamento em 12 de abril de 2018.

[17] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 4. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 852

[18] BARATTA, A. *Por un conjunto crítico de reintegración social del condenado*. In: Oliveira, E. (coord.) *Criminologia Crítica*. Fórum Internacional de Criminologia Critica, Belém: CEJU, pp. 141-157, 1990.

Date Created
05/02/2020

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.