

# Faça o teste de legitimidade da prisão preventiva do caso penal

## 1) Presunção de inocência e devida motivação

A prisão cautelar fundada em questões instrumentais, vinculadas ao processo, encontra compatibilidade constitucional. A presunção de inocência impõe regra de tratamento, probatória e de julgamento, pela qual se exige a demonstração (no pedido e na decisão) da condição instrumental, por meio de indicadores concretos e contemporâneos (é vedado o manejo como modalidade de pena). A demonstração concreta e tangível dos requisitos é condição de validade do ato decisório, sob pena de nulidade (CPP, artigo 315, §§1º e 2º; LAA, artigo 9º).



## 2) Características

São características das medidas cautelares:

- a) *Instrumentalidade* (são os meios instrumentais para obtenção de um fim processual; não podem ser antecipação de pena);
- b) *Responsividade* (devem ser requeridas pelos legitimados, com a demonstração concreta dos requisitos; adotado o modelo acusatório, não cabem de ofício);
- c) *Coercitividade* (limitam ou reduzem direitos fundamentais);
- d) *Legalidade/taxatividade* (reserva legal: devem estar previstas expressamente na lei processual penal, vedada a analogia em *malam partem*);
- e) *Contemporaneidade* (os motivos devem ser atuais e objetivos);

f) *Proporcionalidade* (devem atender ao juízo de: 1) *necessidade*; 2) *adequação*; e 3) *proporcionalidade em sentido estrito*);

g) *Subsidiariedade* (a inexistência de alternativa menos gravosa aos direitos do imputado);

h) *Revisibilidade* (alteração dinâmica em face da superação dos motivos da decisão ou das fases processuais; *rebus sic stantibus*; a cada 90 dias);

i) *Provisoriedade* (a eficácia depende da perseverança dos motivos ou pelo decurso do prazo, por exemplo, prazo da prisão temporária);

j) *Homogeneidade* (os efeitos das cautelares devem ser menos graves do que o da sentença condenatória, manifestado pela "proibição de excesso", por exemplo, se a pena é regime aberto, vedada a prisão cautelar) e,

k) *Motivação* racional da "causa provável", a partir da presunção de inocência, sustentada por evidências válidas (por exemplo, observada a cadeia de custódia), concretas e contemporâneas, com indicação expressa do *standard* probatório utilizado (Vale conferir os escritos de Janaína Matida na coluna *Limite Penal* e o podcast "Improvável").

### **3) Revisão a cada 90 dias (CPP, artigo 316)**

A Lei 13.964/19 deu nova redação ao artigo 316, do CPP, criando não só a constante demonstração, em motivação idônea, da atualidade e necessidade da prisão, como a revisão obrigatória. A prisão deve ser revista, para garantia do aspecto contemporâneo dos fundamentos, a cada 90 dias (CPP, artigo 316, parágrafo único). Conforme a orientação do STF (HC 191.386 e MC da SL 1.395), a consequência da prisão ilegal foi mitigada, sendo necessário instar o julgador para reanálise, nos seguintes termos: "*A inobservância do prazo nonagesimal do artigo 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos*". A decisão enquadra a situação de modo equivocado.

[Concordamos com a leitura de integração formulada por Rafaela Baldissera](#) segundo a qual: a) a revisão deve ocorrer a cada 90 dias pelo órgão emissor, enquanto não proferida sentença condenatória, ocasião em que, por força do artigo 387, §1º, do CPP o juiz deverá analisar os aspectos contemporâneos da justificativa da prisão cautelar; e b) proferida decisão condenatória, com prisão cautelar, cabe ao tribunal, quando instado pela defesa, reanalisar os requisitos, sendo inaplicável o artigo 316, parágrafo único, do CPP.

#### 4) Mentalidade autoritária

A verificação dos requisitos legais é função do juiz. A postura do juiz pode ser de garantia dos direitos do investigado ou de associação ao movimento punitivista. O perfil do juiz modifica a expectativa de comportamento decisório. Em todos os casos, será proferida decisão que pode ser atacada posteriormente (contraditório diferido), momento em que será analisada a validade concreta do comando judicial. Como o controle é posterior, o alinhamento do julgador com as agências de controle social, não filtra, nem evita, o estrago decorrente da existência da medida. O papel do juiz seria o de evitar a violação de direitos fundamentais. Depois de autorizada e realizada, mesmo declarada ilegal, os estragos só poderão ser mitigados e não evitados.

#### 5) Motivação é juízo binário (suficiente ou não)

A motivação adequada existe ou não; impossível que seja parcial e, por via de consequência, complementada. O comportamento *oportunist*a, na hipótese de "precisar" reconhecer a ausência de fundamentação/motivação (por exemplo, em Habeas Corpus), depois de ter tentado "salvar de todas as formas" a decisão impugnada, aplica o "drible", o "jeitinho processual", "conferindo" prazo para que a "decisão seja complementada". A análise democrática é: a decisão está suficientemente motivada/fundamentada? A resposta lógica deveria ser: a) sim; ou b) não. Se sim, analisa-se o acerto do conteúdo decisório. Se não, a restrição de direitos está desprovida de autorização constitucional (CR, artigo 93, IX, CPP, artigo 315, §2º). O *enquadramento correto* é o de que a restrição de direitos ocorreu sem suporte adequado, tendo como consequência a cessação dos efeitos da decisão nula (CPP, artigo 564, V). Não faz sentido lógico a determinação da "complementação", mantendo-se a restrição aos direitos do prejudicado (decisão nula não gera efeitos válidos). Na hipótese de Habeas Corpus contra decreto de prisão carente de fundamentação, a abertura de prazo "complementar" decorre do reconhecimento, a priori, de que a decisão impugnada não se sustenta sozinha, razão pela qual pode configurar Abuso de autoridade (artigo 9º, parágrafo único, I e II). A ausência de motivação significa "*decretar medida de privação de liberdade em desconformidade com as hipóteses legais*" (LAA, artigo 9º). A leitura conjunta dos dispositivos (ninguém pode alegar desconhecimento, ainda mais se vivem dizendo que o juiz: *jura novit curia*) autoriza a conclusão de que a decisão genérica, abstrata, sem suporte fático e comprovado, enfim, que não se sustenta, pode configurar ato ilícito praticado por agente estatal. Pode-se prenda, desde que se justifiquem os motivos de modo adequado, por ser dever de *accountability*.

#### 6) Teste de conformidade

O teste dos requisitos da *prisão preventiva* deve verificar se:

- a) A hipótese está prevista em lei (não cabe inventar modalidade; vigora a taxatividade);
- b) Foi requerida pela autoridade policial e/ou acusação (jamais de ofício);
- c) A função é instrumental e não de pena antecipada;
- d) Motivada de modo racional, a partir da presunção de inocência, por meio de conectores lógicos capazes de atribuir nexos entre a hipótese e o caso penal;

e) Baseada em evidências válidas, concretas e contemporâneas, com indicação expressa do *standard* probatório utilizado; e,

f) Necessária, adequada e proporcional (homogênea e insuficientes as medidas cautelares do artigo 319 do CPP).

A resposta positiva a todos os seis passos autoriza o decreto de prisão preventiva, desde que corroborada pela hipótese do caso penal. Ausente qualquer resposta positiva, a prisão é ilegal. O conteúdo está desenvolvido no "[Guia do Processo Penal Estratégico](#)" (Alexandre; EMais Editora). Boa semana.

**Date Created**

28/05/2021