



## DA IMPOSSIBILIDADE DA CONVERSÃO AUTOMÁTICA DA PRISÃO EM PREVENTIVA: UM SISTEMA PRISIONAL SUPERLOTADO

THE IMPOSSIBILITY OF AUTOMATIC CONVERSION OF PRISON INTO  
PREVENTIVE: AN OVERCROWDED PRISON SYSTEM

 Antônio Leonardo Amorim\*

 Francisco Quintanilha Veras Neto\*\*

 Karoline Bassi Huber\*\*\*

### >> Resumo

Em decorrência do excessivo número de pessoas encarceradas no Brasil, é preciso refletir sobre esse modelo de encarceramento em massa em curso, que destrói vidas e não promove a ressocialização. Com isso, essa pesquisa se propõe a analisar o instituto da prisão preventiva à luz do Pacote Anticrime, dando enfoque à conversão ex officio da prisão flagrancial em preventiva, analisando seus impactos no sistema carcerário brasileiro, bem como sua desarmonia com o sistema acusatório. Salienta-se que a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício pelo juiz é um tema delicado e socialmente importante, que precisa ser compreendido a partir da crise carcerária brasileira, desencadeada pela superlotação e, a partir do Pacote Anticrime, que nas prisões cautelares reconhece ao magistrado a passividade quanto à decretação da prisão preventiva. Desse modo, indaga-se, qual(is) o(s) impacto(s) da conversão automática da prisão flagrancial em preventiva? Se tem como hipótese de pesquisa, que a conversão automática da prisão flagrancial em preventiva acaba por aumentar ainda mais o número de encarcerados. A resposta ao problema de pesquisa se dará a partir do método indutivo, da pesquisa bibliográfica e documental, que se propõe analisar os impactos da conversão automática da prisão flagrancial em preventiva pelo juiz. Essa pesquisa tem como objetivo geral analisar criticamente os impactos da conversão automática da prisão flagrancial em preventiva, bem como, descrever a postura magistral que se espera no sistema acusatório.

\* Professor do Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, Doutor em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

\*\*Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná, Pós-Doutor em Direito pela UFSC.

\*\*\* Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso, Pós Graduada em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP

## >> Palavras-chaves

Direito Penal. Decretação de ofício. Processo Penal. Pacote Anticrime. Prisão Preventiva

## >> Abstratc

Due to the excessive number of people incarcerated in Brazil, it is necessary to reflect on this ongoing model of mass incarceration, which destroys lives and does not promote resocialization. Therefore, this research proposes to analyze the institution of preventive detention in light of the Anti-Crime Package, focusing on the ex officio conversion of flagrant detention into preventive detention, analyzing its impacts on the Brazilian prison system, as well as its disharmony with the accusatory system. It should be noted that the conversion of arrest in the act into pre-trial detention by the judge is a delicate and socially important topic, which needs to be understood based on the Brazilian prison crisis, triggered by overcrowding and, based on the Anti-Crime Package, which in prisons precautionary measures recognizes the magistrate's passivity regarding the decree of preventive detention. Therefore, the question is, what is the impact(s) of the automatic conversion of flagrant arrest into preventative arrest? The research hypothesis is that the automatic conversion of flagrant arrest into preventative arrest ends up further increasing the number of people incarcerated. The answer to the research problem will be based on the inductive method, bibliographical and documentary research, which aims to analyze the impacts of the judge's automatic conversion of arrest into preventative arrest. This research has the general objective of critically analyzing the impacts of the automatic conversion of flagrant arrest into preventative arrest, as well as describing the magisterial stance that is expected in the accusatory system.

## >> Keywords

Criminal Law. Craft decree. Criminal proceedings. Anti-Crime Pack. Preventive Prison.

# INTRODUÇÃO

**E**ste trabalho tem como escopo, analisar o instituto da prisão preventiva, à luz do Pacote Anticrime, dando enfoque à conversão *ex officio* da prisão flagrancial em preventiva no sistema processual penal brasileiro. A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício pelo juiz é um tema delicado e precisa ser compreendido a partir da população carcerária brasileira e do Pacote Anticrime que nas prisões cautelares reconhece ao juízo a passividade quanto à decretação da prisão preventiva.

Diante do perfil democrático atual é de extrema importância a alteração trazida pelo pacote anticrime, preservando as características do sistema acusatório penal brasileiro. O tema tem se demonstra relevante, pelo fato de que se propõe analisar os princípios básicos de garantias individuais e do devido processo legal previstos na Constituição Federal de 1988.

A prisão cautelar é uma medida extremamente agressiva, por não ter tempo definido, muitas vezes acaba se prolongando por muito tempo, traz para o indivíduo extrema humilhação e violação de direitos humanos, uma vez que até então não há contra ele culpa formada (ausência de sentença penal). Assim, uma prisão que deveria ser exemplo de cumprimento fiel da lei acaba por se tornar uma crueldade por parte do Estado contra seu povo.

Além disso, há no cenário nacional um sistema judiciário que atende ao clamor da mídia e da sociedade, apenas prendendo cidadãos sem levar em conta as consequências que isso pode trazer para o sistema carcerário e para a própria vida do indiciado.

Desse modo, indaga-se, qual(is) o(s) impacto(s) da conversão automática da prisão flagrancial em preventiva? Se tem como hipótese de pesquisa, que a conversão automática da prisão flagrancial em preventiva acaba por aumentar ainda mais o número de encarcerados. A resposta ao problema de pesquisa se dará a partir do método indutivo, da pesquisa bibliográfica e documental, que se propõe analisar os impactos da conversão automática da prisão flagrancial em preventiva pelo juiz. Essa pesquisa tem como objetivo geral analisar criticamente os impactos da conversão automática da prisão flagrancial em preventiva, bem como, descrever a postura magistral que se espera no sistema acusatório.

## 1. DA PRISÃO PREVENTIVA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É importante destacar que a prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar que tem a capacidade de restringir a liberdade dos indivíduos, por prazo indeterminado, podendo perdurar até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esse não é um instituto novo no direito brasileiro e já passou por inúmeras modificações ao longo do tempo. Odone Sanguiné (2014, p. 15-16) entende que o instituto da prisão preventiva reflete o nível de democracia ou autoritarismo de um Estado, o que pode ser observado no parágrafo a seguir:

As reformas legislativas sobre a prisão preventiva refletem com clareza as diferentes tendências do Direito e da política criminal, de maneira que se pode considerar a legislação sobre a prisão preventiva como uma espécie de termômetro do Estado de Direito. [...] A regulamentação da prisão provisória revela claramente se o Estado é um Estado de Direito ou um Estado Autoritário. O tema da liberdade pessoal do imputado é, sob certos aspectos, o banco de prova do tipo de ordenamento no qual se inspira o processo penal. Em um ordenamento liberal a liberdade pessoal do imputado é mais tutelada, enquanto em um ordenamento autoritário ela é mais oprimida. Portanto, sempre há uma íntima relação entre a prisão preventiva e o grau de democracia de um Estado.

A história dessa modalidade de prisão, conforme apontam Luiz Regis Prado e Diego Prezzi Santos (2018, p. 90), começou no cenário jurídico brasileiro em 23 de maio de 1821, por meio de um Decreto editado com fins de garantir a segurança dos cidadãos e evitar a arbitrariedade e a desumanidade das prisões. Prado e Santos (2018, p. 90-91) salientam que nessa época já aconteciam prisões preventivas promovidas por Governadores, Juízes Criminais e Magistrados sem qualquer disposição legal ou preocupação com o preso. Ademais, com a Constituição Política do Império de 1824 e o posterior Código de Processo Criminal de 1832, ficou estabelecido que ninguém poderia ser preso sem “culpa formada”, exceto nos casos previstos em lei (crimes inafiançáveis), além disso a prisão só poderia ser executada por ordem escrita de autoridade legítima.

Já em 1871, em razão do Decreto n. 4.824, era possível que tanto o Juiz (agindo de ofício), a autoridade policial, o Promotor Público ou a parte queixosa representasse ou requeresse a prisão preventiva do réu indiciado por crime inafiançável, bastando para isso a confissão do próprio indiciado ou a declaração de duas testemunhas. A partir de 1909 ficou autorizada a prisão preventiva também nos casos de delitos afiançáveis, desde que o indiciado fosse “vagabundo, sem profissão lícita e domicílio certo ou já tivesse cumprido pena de prisão” (Prado; Santos, 2018, p. 92).

Esse cenário sofreu alterações com o Código de Processo Penal de 1941 escrito durante o governo ditatorial de Getúlio Vargas. A partir de então, a prisão preventiva passou a ser permitida em qualquer fase do inquérito ou do processo, podendo ser decretada de ofício pelo juiz ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou por representação da autoridade policial. Além disso, a prisão preventiva era obrigatória nos casos de crimes com pena máxima de reclusão igual ou superior a 10 (dez) anos e era facultativa para crimes inafiançáveis com pena inferior a dez anos, para os crimes afiançáveis em caso de indiciado “vadio” ou de identidade duvidosa ou nos crimes dolosos praticados por sujeito já condenado com trânsito em julgado por crime de mesma natureza (Prado; Santos, 2018, p. 93).

Posteriormente, a Lei n.º 5.349/1967 fez alterações no regime da prisão preventiva, tornando-a facultativa e aumentou as hipóteses de cabimento (garantia de ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal). Pouco depois, a Lei n.º 6.416/1977, que modificou tanto o Código de Processo Penal quanto o Código Penal,

tornou admissível a prisão preventiva no caso de crimes punidos com reclusão, com detenção se o réu fosse considerado vadio ou se houvesse dúvida sobre sua identidade ou caso tivesse sido condenado anteriormente por crime doloso (Prado; Santos, 2018, p. 94).

Luiz Regis Prado e Diego Prezzi Santos (2018, p. 94) salientam que nesse contexto verifica-se que “a segregação cautelar tem conexão direta com a pecha de vadio, vagabundo, ou seja, de sujeito socialmente não produtivo, que é marginalizado no contexto pós-industrial”. Aqui se observa a relação entre o direito processual penal brasileiro e o contexto internacional após as Revoluções Francesa e Industrial, onde as prisões também serviam para segregar os indivíduos que não se adequavam ao sistema de produção industrial.

Ademais, foi somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a retomada da democracia, com a conseqüente valorização dos direitos e garantias individuais, que o processo penal brasileiro realmente teve avanços, inclusive em relação ao instituto da prisão preventiva, como verificará a seguir.

## 1.1 A PRISÃO PREVENTIVA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com o advento da Constituição Cidadã, os direitos e garantias fundamentais ganharam evidência no cenário jurídico brasileiro. Conforme explica Aury Lopes Jr. (2020, p. 82), “as garantias processuais constitucionais são verdadeiros escudos protetores contra o (ab)uso do poder estatal”, em outras palavras, a Carta Magna de 1988, munida de princípios e normas processuais, veio para evitar abusos e limitar o poder estatal ante os cidadãos. Além disso, Lopes Jr. (2020, p. 83) acrescenta que a atuação estatal só é legítima com a estrita observância do devido processo penal e, para isso, os princípios constitucionais devem realmente integrar o processo penal, razão pela qual o sistema processual penal necessita passar por um processo de constitucionalização.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a presunção de culpabilidade do agente, que por muitos anos foi utilizada pelo sistema processual inquisitório para justificar a prisão preventiva dos indiciados, foi substituída pelo Princípio da Presunção de Inocência. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LVII determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Além disso, o inciso LXVI acrescenta que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (Brasil, 1988).

A regra, no Estado Democrático de Direito é que os indivíduos respondam ao processo criminal em liberdade, em razão do princípio constitucional da presunção de inocência e da garantia de liberdade, disciplinados no art. 5º, incisos LVII e LXVI da CF/88. Conforme afirma Aury Lopes Jr. (2020, p. 119-120) “o nível de civilidade de um povo pode ser medido pelo maior ou menor respeito à liberdade individual e à presunção de inocência”. No mesmo sentido, Luiz Regis Prado e Diego Prezzi Santos (2018, p. 177) salientam que “a liberdade só pode ser retirada de uma pessoa em situação

rara, excepcional e prevista legal e constitucionalmente”, ou seja, em tese, não se poderia privar o sujeito de sua liberdade antes que ele tenha direito a um julgamento justo.

A prisão preventiva, tem caráter cautelar e instrumental e deve ser aplicada como uma medida excepcional. No entanto, caso seja necessário privar a liberdade de alguém antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é fundamental que se observe, além da presunção de inocência, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como se respeite os direitos fundamentais, principalmente o princípio da dignidade humana, uma vez que há chance de o indiciado não ser o autor do fato imputado.

Nesse sentido, Luiz Regis Prado e Diego Prezzi Santos (2018, p. 183) refletem sobre a relação entre a presunção de inocência, a prisão preventiva e as normas constitucionais:

Inserida nesse contexto, há a presunção de inocência, que se revela como ponto de tensão entre os elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição e de um Estado. Por essa razão, balizar a interpretação com as normas constitucionais é fundamental. Mais ainda ao se tratar de restrição de liberdade de alguém presumidamente inocente. A opção ideológica de presumir a inocência – assim como está na Constituição Federal em seu art. 5º, LVII – reconhece o alto preço da prisão prematura ou da condenação apressada, ainda mais do modo ilegal e inconstitucional em que se encontra o sistema penitenciário.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), recepcionada pelo nosso ordenamento jurídico (art. 5º, § 2º da CF/88 - Decreto Executivo 678/1992 e Decreto Legislativo 27/1992), reafirma o Princípio da Presunção de Inocência em seu art. 8º, 2, estabelecendo que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (Gomes; Mazzuoli, 2010, p. 79).

Luiz Flavio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli (2010, p. 106) entendem que o acusado tem o direito de ser tratado como não autor do crime imputado, uma vez que a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou reconhecimento da culpa do agente, não podendo, em razão disso, ser decretada ou mantida a prisão cautelar desnecessária (sem justificativa plausível) enquanto não ocorrer o trânsito da sentença penal condenatória.

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. (2020, p. 137) explica que o princípio da presunção de inocência “é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana”, partindo do princípio de que o indiciado pode ser inocente, as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo devem ser reduzidas ao máximo.

Em contrapartida, mesmo diante da existência do princípio da presunção de inocência, no ordenamento jurídico brasileiro é possível que o indivíduo seja preso em qualquer fase da investigação (pré-processual) ou do

processo, uma vez que as prisões cautelares, incluída aqui a prisão preventiva, coexistem com o princípio constitucional da presunção de inocência. Entretanto, desde que a prisão cautelar não seja excessiva e que o juiz a fundamente baseando-se em “fatos concretos reveladores da necessidade imperiosa da medida restritiva” (Gomes; Mazzuoli, 2010, p. 106), ela não ferirá nenhum princípio constitucional, o que não acontece no caso das prisões decretadas automaticamente (de ofício) pelo juiz (Gomes; Mazzuoli, 2010, p. 106).

Luiz Regis Prado e Diego Prezzi Santos (2018, p. 183) explicam a difícil coexistência da prisão preventiva e da presunção de inocência apontando que:

A contradição entre a presunção de inocência e a prisão preventiva é difícil de justificar, ainda mais porque a situação real do imputado é já sofrer as sanções de uma pena, inclusive, com as mesmas restrições do regime fechado. A questão, normalmente, resolve-se ao inadmitir a presunção de inocência (como se fez nos regimes autoritários do início do século passado) ou em admitir que os fins da prisão preventiva são diversos daqueles do processo, portanto, restaria imaculada a inocência do acusado preso preventivamente.

Ademais, é importante salientar que embora a Constituição Federal tenha constitucionalizado o processo penal e colocado a presunção de inocência como um dos princípios basilares, percebe-se pelo texto da lei que, mesmo após as alterações feitas pelo Pacote Anticrime, ainda perdura no instituto da prisão preventiva resquícios do sistema inquisitório que são incompatíveis com o princípio constitucional da presunção de inocência, principalmente porque, embora seja uma modalidade de prisão processual (cautelar), o réu já estará sofrendo as mesmas restrições de uma prisão-pena.

## 2. REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – UM COMPARATIVO ANTES E DEPOIS DO PACOTE ANTICRIME

A Lei n. 13.964 de 24 de dezembro de 2019, denominada de Pacote Anticrime, trouxe modificações significativas ao Código de Processo Penal, especialmente ao instituto da prisão preventiva (arts. 311 a 316 do Código de Processo Penal), seus requisitos e hipóteses de cabimento. De maneira geral, pode-se afirmar que as mudanças trazidas pelo Pacote Anticrime representam um avanço no sentido de afastar o processo penal de sua base culturalmente inquisitória, afirmando, de maneira literal no art. 3<sup>a</sup>-A, que o sistema processual penal brasileiro é o acusatório e, como tal, deve apresentar características que coadunem com esse modelo.

Sobre a relação entre o sistema processual penal e a prisão preventiva, Aury Lopes Jr. (2020, p. 984) pontua que:

Durante muito tempo, por conta da cultura inquisitória dominante, se admitiu que o juiz decretasse a prisão preventiva de ofício no curso do processo ou que convertesse a prisão em flagrante em preventiva, de ofício. O erro era duplo: primeiro permitir a atuação de ofício (juiz ator = ranço inquisitório), em franca violação do sistema acusatório; depois em não considerar que o ativismo judicial implica grave sacrifício da imparcialidade judicial, uma garantia que corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva.

No entanto, após o Pacote Anticrime, a prisão preventiva, conforme dispõe a nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal, só pode ser decretada por ordem judicial que deve ser provocada por requerimento do Ministério Público, do querelante (ação penal privada subsidiária da pública) ou do assistente (ação penal pública), ou por representação da autoridade policial (delegado na fase de inquérito):

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Com a entrada em vigor do Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019), não se admite a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, ou seja, sem que ele tenha sido provocado. Denota-se da redação do artigo 311, do Código de Processo Penal a aplicação de uma das características do sistema acusatório na íntegra: a separação de funções, em que cada sujeito tem seu papel definido, tem aquele que acusa (Ministério Público), tem aquele que defende e aquele que julga (Magistrado).

A partir de então, a imparcialidade do juiz que ficava notoriamente comprometida ao assumir uma postura inquisitória ao decretar a prisão preventiva de ofício, é restabelecida ao se limitar a esfera de atuação do magistrado de modo que ele não invada a esfera de atuação das partes e, conseqüentemente, vedando que o juiz tenha iniciativa acusatória e probatória (Lopes Jr., 2020, p. 984).

A prisão preventiva, por se tratar de uma modalidade de prisão cautelar que admite a privação de liberdade (encarceramento) do indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e por ir de encontro com o princípio constitucional da presunção de inocência, exige a estrita observância de requisitos e pressupostos legais para ser decretada, sob o risco de ser considerada arbitrária.

Entretanto, conforme salienta Lopes Jr. (2020, p. 122) a lei processual penal ainda traz em seu texto requisitos expressos com termos e cláusulas genéricas que acabam por banalizar a prisão preventiva:

Assume contornos de verdadeira pena antecipada, violando o devido processo legal, a presunção de inocência e o previsto, expressamente, no art. 313, §2º: “Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de

antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”.

Os requisitos ou pressupostos ensejadores da prisão preventivas estão dispostos no art. 312 do CPP:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Quando a norma menciona “garantia da ordem pública”, está se referindo à pacificação social, ou seja, nos casos em que, na prática, a liberdade do réu representar um problema social pelo risco de reiteração de condutas criminosas. Aury Lopes Jr. (2020, p. 122) entende que esse requisito não atende ao processo penal, mas sim ao poder de polícia do Estado, ou seja, é uma justificativa que não se relaciona ao objeto e ao fundamento do processo. Além disso, Lopes Jr. (2020, p. 123) acrescenta que:

Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta à Alemanha da década de 1930, período em que o nazifascismo buscava exatamente isto: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do direito para fazer valer seus atos prepotentes.

No mesmo sentido, quando a lei menciona “garantia da ordem econômica”, se refere aos crimes contra as relações econômicas, os quais afetam uma coletividade determinada, tendo como justificativa a hipótese de que se permanecer em liberdade, o indiciado pode continuar praticando crimes dessa natureza. Mas, na prática, tal requisito foi pouco utilizado para justificar a prisão preventiva, preferindo os magistrados utilizarem a justificativa da garantia da ordem pública (Lopes Jr, 2020, p. 992).

Em relação à justificativa de “conveniência da instrução criminal” (fase de produção de provas), é utilizada por exemplo, nos casos em que o acusado sabe que está sendo investigado ou processado e que, estando em liberdade, há o risco de que ele destrua provas, intimide ou ameace testemunhas. Esse requisito também recai na situação de “conceito vago” (Lopes Jr., 2020), uma vez que a palavra “conveniência” é abrangente e dá abertura para a discricionariedade, sendo incompatível com a prisão preventiva que deve ser uma medida excepcional, pautada pela razoabilidade e proporcionalidade (Lopes Jr., 2020, p. 992).

Outro requisito para decretação da prisão preventiva é “assegurar a aplicação da lei penal” quando durante a persecução penal, investigação

ou ação penal, ficar demonstrado que o acusado, estando em liberdade, poderá gerar um risco à futura aplicação da lei penal, uma vez que, caso ele seja condenado, poderá não ser encontrado para ser punido, o que impossibilitaria a aplicação da pena. Nesse requisito se tem uma linha tênue entre a prisão preventiva e a antecipação do cumprimento da pena, que é vedada pelo art. 313, §2º do CPP. Por isso, Lopes Jr. (2020, p. 993) explica que “o risco de fuga não pode ser presumido, tem de estar fundado em circunstâncias concretas”, para que assim, a prisão preventiva não tenha caráter de antecipação de pena, mas sirva para garantir que caso o indiciado venha a ser condenado ele esteja em lugar sabido e certo para cumprir a execução da pena.

Por conseguinte, independente do requisito utilizado para justificar a prisão preventiva, é fundamental que estejam presentes a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, ou seja, é necessário saber se o crime realmente aconteceu e ter indícios que levem a crer que o acusado é o autor do fato. Além disso, também é fundamental a existência de indício suficiente de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (requisito acrescentado pelo Pacote Anticrime), assim, menciona Aury Lopes Jr. (2020, p. 994) que:

[...] qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida.

Outra hipótese de cabimento da prisão preventiva é o caso do disposto no §1º do art. 312 do CPP, o qual acentua que prisão é medida excepcional, devendo ser aplicada somente em último caso, assegurando que o juiz tem a possibilidade de aplicar outras medidas cautelares diversas da prisão, como o uso de monitoramento eletrônico. No entanto, caso o réu descumpra a medida cautelar aplicada, o próprio sujeito comprova que a medida necessária, supostamente, deve ser a prisão preventiva.

Outra regra que disciplina a decretação da prisão preventiva está disciplinada no §2º do art. 312, do CPP, com texto incluído pelo Pacote Anticrime, menciona que “§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)”, essa regra, tem como objetivo evitar que o juiz decrete a prisão preventiva com base no histórico (no passado) do acusado, com base em crimes que já foram julgados ou que estão sendo julgados em outros processos.

Em linhas gerais, verifica-se que os requisitos da prisão preventiva não se modificaram com o Pacote Anticrime, uma vez que continuam os mesmos conceitos considerados genéricos mantidos pelo legislador, o que se modificou é a instrumentalidade do instituto, uma vez que, por conta do Pacote Anticrime, a prisão preventiva só pode ser decretada por ordem judicial provocada, fundamentada com argumentos concretos e atuais.

## 3. O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Na seção anterior, explanou-se sobre o instituto da prisão preventiva, dando ênfase aos seus requisitos e hipóteses de aplicação, bem como a sua difícil coexistência com o princípio constitucional da presunção de inocência. Também foi apresentado as mudanças que o Pacote Anticrime trouxe para o sistema processual penal brasileiro no que concerne à prisão preventiva e sobre a busca pela efetivação de um sistema realmente acusatório. Nesta seção se discutirá sobre o sistema carcerário brasileiro e o impacto da conversão *ex officio* da prisão em flagrante em prisão preventiva.

### 3.1 REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL

O sistema prisional brasileiro vem, ao longo dos anos, enfrentando uma grave crise desencadeada pela superlotação. Conforme dados disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen, 2020, p. 289), o número de presos no Brasil aumentou 224,5% desde o ano 2000 até o ano de 2019. O Brasil está entre os países com a maior população carcerária do mundo, totalizando a quantidade de 755.274 presos no ano de 2019, o que reflete uma taxa de 359,4 presos para cada 100 mil habitantes.

A problemática é enfatizada quando se observa que as vagas disponíveis nos estabelecimentos penitenciários não atendem a toda essa demanda. A diferença entre a quantidade de presos em comparação com a quantidade de vagas disponíveis é alarmante. Em 2019, por exemplo, 305.660 detentos não tiveram acesso a vagas apropriadas no sistema carcerário (Depen, 2020, p. 306).

O alto índice de presos provisórios e com sentença não é suportado pelos estabelecimentos prisionais brasileiros, os quais operam em permanente superlotação, em condições insalubres e sem a infraestrutura necessária para reabilitar e ressocializar o indivíduo privado de sua liberdade.

Sobre a atual situação do sistema carcerário brasileiro, Aury Lopes Jr. (2020, p. 139) pontua que:

Um sistema carcerário caótico, superlotado e descontrolado, que foi considerado – pelo próprio STF – como inconstitucional (ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9-9-2015, Info 798). Como o STF reconhece: a) violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; c) a existência de uma situação que exige a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para resolver o problema.

Luiz Regis Prado e Diego Prezzi Santos (2018, p. 83) afirmam que a maioria da população carcerária são homens jovens, de baixa renda e com pouca escolaridade e suas condições de vida se agravam ainda mais quando são encarcerados:

Como a quantidade de presos trabalhando é baixa e de presos estudando é ainda menor, o cenário atual de problemas intra e extrassistema (recolocação no mercado, aceitação da condição, superação do período prisional, entre vários outros) não é surpresa. De algum modo, contribui para a reincidência que retroalimenta o sistema prisional, processual e penal.

Dessa forma, o sistema penitenciário nacional, assim como na maior parte do mundo, apresenta uma série de violações de direitos humanos. A utilidade desse sistema, potencializa a exclusão do indivíduo e o controle social sobre a população indesejada, assim como acontecia em governos autoritários. Ao invés das prisões cumprirem seu papel de ressocialização, elas acabam fortalecendo a criminalidade ao invés de evitá-la, o que não condiz com um Estado Democrático de Direito. Isso se dá, principalmente, pela ausência de políticas públicas efetivas para enfrentar efetivamente a questão criminal e o encarceramento em massa.

### 3.2 ÍNDICES DE PRESOS PROVISÓRIOS E COM SENTENÇA

No Estado Democrático de Direito responder ao processo em liberdade deveria ser a regra, no entanto, constata-se que no Brasil a medida adotada como regra tem sido o encarceramento. Dos 755.274 presos no Brasil no ano de 2019, cerca de 229.823 (30,4%) são presos provisórios (Depen, 2020, p. 286). Em outras palavras, isso significa que três entre dez pessoas estão presas sem terem sido condenadas e grande parte dessas prisões advém de uma prisão em flagrante convertida em prisão preventiva.

Os presos provisórios são aqueles que ainda não tem sentença condenatória transitada em julgado, mas são encarcerados preventivamente para evitar eventuais riscos processuais. Essa medida cautelar tão gravosa deve ser utilizada somente em situações excepcionais, como *ultima ratio*.

Entretanto, esse alto índice de presos provisórios, demonstram que a prisão preventiva está banalizada e tem sido utilizada cada vez mais como regra do que como exceção. O indivíduo acaba ficando privado de sua liberdade e à mercê da morosidade processual com a justificativa, na maioria das vezes, da necessidade de se preservar a “ordem pública”, um dos argumentos mais vagos dentro do Código de Processo Penal.

Os critérios adotados para justificar que a prisão preventiva do indivíduo é fundamental para o curso da investigação ou do processo são, em sua maioria, mais subjetivos do que objetivos, dando margem à discricionariedade do juiz. Além disso, não é proporcional se impor numa prisão cautelar, que é uma prisão baseada na dúvida, onde ainda não há certeza da autoria do fato imputado e ainda não há uma sentença condenatória transitada em julgado, um regime mais gravoso do que a pessoa receberá numa eventual sentença condenatória. Nesse cenário, as medidas cautelares alternativas surgiram com esse propósito de restringir o uso do encarceramento provisório trazendo medidas diversas da prisão, no entanto, de acordo com os índices apontados, elas não atenuaram o quadro de superlotação prisional.

Vale destacar que conforme as informações disponibilizadas pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen, 2020, p. 291), o número de presos provisórios é semelhante ao *déficit* de vagas. Sendo assim, uma forma de atenuar o problema da superlotação e aliviar o sistema carcerário seria a Audiência de Custódia, elencada no art. 310, *caput*, do Código de Processo Penal, que é um direito que o indivíduo preso em flagrante tem de estar na presença de um juiz dentro de 24 horas a partir do momento em que foi detido. Nela, o magistrado pode avaliar o caso concreto, realizar uma análise individualizada e decidir se a continuidade da prisão é necessária.

## 4. IMPACTOS DA CONVERSÃO EX OFFICIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA

Vale consignar que a antiga redação do artigo 311 do Código de Processo Penal antes das mudanças promovidas pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), permitia ao juiz a possibilidade da conversão de ofício da prisão flagrancial em preventiva.

Em razão da expressão “de ofício”, facultava ao magistrado a possibilidade de decretar a prisão preventiva independente de provocação do Ministério Público, do querelante, do assistente ou da autoridade policial. Tal disposição é totalmente contrária ao sistema processual penal acusatório, além de não observar, por exemplo, o disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), que traz a garantia de um juiz imparcial e um tribunal independente:

### Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Ainda sobre o juiz imparcial, tem-se o que dispõe o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), em seu artigo 14:

Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exigir, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opi-

nião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.

Em contrapartida, o Pacote anticrime deu nova redação ao artigo 311, do Código de Processo Penal, suprimindo a palavra “de ofício” e, assim, colocando como necessário o prévio requerimento ou representação para se decretar a prisão preventiva. Sendo assim, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro o juiz não pode decretar a prisão preventiva sem que tenha sido provocado.

Sobre esse assunto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, no entende que:

**E M E N T A:** “HABEAS CORPUS” – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) NÃO REALIZADA – A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) COMO DIREITO SUBJETIVO DA PESSOA SUBMETIDA A PRISÃO CAUTELAR – DIREITO FUNDAMENTAL ASSEGURADO PELA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Artigo 7, n. 5) E PELO PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (Artigo 9, n. 3) – RECONHECIMENTO JURISDICIONAL, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 347-MC/DF, REL. MIN. MARCO AURÉLIO), DA IMPRESCINDIBILIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) COMO EXPRESSÃO DO DEVER DO ESTADO BRASILEIRO DE CUMPRIR, FIELMENTE, OS COMPROMISSOS ASSUMIDOS NA ORDEM INTERNACIONAL – “PACTA SUNT SERVANDA”: CLÁUSULA GERAL DE OBSERVÂNCIA E EXECUÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS (CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS, Artigo 26) – PREVISÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) NO ORDENAMENTO POSITIVO DOMÉSTICO (LEI Nº 13.964/2019 E RESOLUÇÃO CNJ Nº 213/2015) – INADMISSIBILIDADE DA NÃO REALIZAÇÃO DESSE ATO, RESSALVADA MOTIVAÇÃO IDÔNEA, SOB PENA DE TRÍPLICE RESPONSABILIDADE DO MAGISTRADO QUE DEIXAR DE PROMOVÊ-LO (CPP, art. 310, § 3º, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.964/2019) – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO.1.(...) **Impossibilidade, de outro lado, da decretação “ex officio” de prisão preventiva em qualquer situação (em juízo ou no curso de investigação penal), inclusive no contexto de audiência de custódia (ou de apresentação), sem que se registre, mesmo na hipótese da conversão a que se refere o art. 310,II, do CPP, prévia, necessária e indispensável provocação do ministério público ou da autoridade policial** – recente inovação legislativa introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (“lei anticrime”), que alterou os arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311 do Código de Processo Penal, suprimindo ao magistrado a possibilidade de ordenar, “sponte sua”, a imposição de prisão preventiva – não realização, no caso, da audiência de custódia (ou de apresentação) – inadmissibilidade de presumir-se implícita,

no auto de prisão em flagrante, a existência de pedido de conversão em prisão preventiva – conversão, de ofício, mesmo assim, da prisão em flagrante do ora paciente em prisão preventiva – impossibilidade de tal ato, quer em face da ilegalidade dessa decisão, quer, ainda, em razão de ofensa a um direito básico, qual seja o de realização da audiência de custódia, que traduz prerrogativa suprimível assegurada a qualquer pessoa pelo ordenamento doméstico e por convenções internacionais de direitos humanos. (STF - HC: 187225 GO 0095739-13.2020.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 10/10/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 22/10/2020). Grifo acrescentado.

Seguindo esse mesmo raciocínio, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ribeiro Dantas, posicionou-se da seguinte forma:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SÚMULA 691/STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. SUPERAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. VIGÊNCIA DA LEI 13.964/2019. CONVERSÃO EX OFFICIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. ILEGALIDADE. NECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 2. A Lei n. 13.964/2019 promoveu diversas alterações processuais, deixando clara a intenção do legislador de retirar do Magistrado qualquer possibilidade de decretação ex officio da prisão preventiva. 3. O anterior posicionamento desta Corte, no sentido de que “não há nulidade na hipótese em que o magistrado, de ofício, sem prévia provocação da autoridade policial ou do órgão ministerial, converte a prisão em flagrante em preventiva”, merece nova ponderação em razão das modificações trazidas pela referida Lei n 13.964/2019, já que parece evidente a intenção legislativa de buscar a efetivação do sistema penal acusatório. 4. **Assim, a partir das inovações trazidas pelo Pacote Anticrime, tornou-se inadmissível a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva.** Portanto, a prisão preventiva somente poderá ser decretada mediante requerimento do Ministério Público, do assistente ou querelante, ou da autoridade policial (art. 311 do CPP), o que não ocorreu na hipótese dos presentes autos. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício para declarar a nulidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva, sem prévio requerimento. (STJ – HC: 590039 GO 2020/0146013-9, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Data de Julgamento: 20/10/2020, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/10/2020). Grifo Acrescido.

Apesar dos tribunais superiores estarem se posicionando favorável ao acusado, essas decisões não vinculam os magistrados de primeira instância, o que dá margem a atuação de juízes “inquisidores” nas varas criminais de todo o país que acabam convertendo de ofício a prisão em flagrante em prisão preventiva.

De um lado um sistema processual encarcerador e de outro um sistema penitenciário em crise em decorrência da superlotação, a conversão *ex officio* da prisão em flagrante em preventiva, além de ferir gravemente princípios e garantias fundamentais, dentre eles o princípio da presunção de inocência, é uma medida incompatível com o sistema acusatório. Além disso, esse é um dos fatores que contribui para inflar ainda mais o sistema penitenciário.

Além dos fatores já apontados, o Estado, na maioria dos casos, não consegue separar de forma adequada os indivíduos presos cautelarmente dos presos já sentenciados e, assim, um círculo vicioso se forma: o sujeito pode vir a realmente entrar no mundo do crime ou se especializar cada vez mais na criminalidade e na violência.

Aury Lopes Jr. (2020, p. 159) acentua que:

Tal coerção, no Brasil, é ainda muito mais grave que nos Estados Unidos, na medida em que o acusado ficará preso em um sistema carcerário medieval, violento e dominado por facções, onde o risco de morte é real e concreto. Um dia de prisão cautelar no Brasil pode representar uma pena de morte, sem qualquer exagero, basta conhecer a nossa realidade carcerária.

Ademais, as vagas disponíveis nos estabelecimentos penitenciários do Brasil não são suficientes nem para atender aos presos condenados (525.451 presos enquanto o número de vagas disponíveis era de 442.349), o *déficit* de vagas chegou a 305.660 no ano de 2019, conforme dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen, 2020, p. 286).

Diante desse cenário, constata-se que prender provisoriamente, ou seja, sem culpa formada, tem servido unicamente pra aumentar a crise penitenciária e a violência que vem se arrastando ao longo dos anos no país, não se demonstrando alinhado a um sistema que pretende promover direitos humanos. O custo maior dessa crise quem paga é a sociedade.

## >> Considerações finais

depreende-se que embora a Constituição Federal de 1988 tenha constitucionalizado o processo penal brasileiro e estabelecido de maneira indireta que o sistema processual adotado no Brasil é o acusatório, foi somente a partir de 2019, com o advento do Pacote Anticrime, que foi possível vislumbrar mudanças mais significativas que afastaram o Código de Processo Penal de sua base fortemente inquisitorial em que foi moldado.

No entanto, é importante lembrar que as mudanças não acontecem da noite para o dia e que ainda há muitas adequações a serem implementadas. Ao estabelecer taxativamente que o sistema processual penal brasileiro é o acusatório, o Pacote Anticrime dá a entender que é necessário interpretar os demais dispositivos a partir das características desse modelo processual.

De maneira acertada, outra mudança feita pelo Pacote Anticrime que condiz com o sistema acusatório foi a proibição da decretação da prisão

preventiva sem que o juiz tenha sido provocado, ou seja, não é mais possível que o juiz a decrete de ofício. Entretanto, os requisitos autorizadores da prisão preventiva não foram alterados, continuando vagos e genéricos, dando margem à discricionariedade do magistrado e à violação do princípio da presunção de inocência.

O Pacote Anticrime acertou em alguns aspectos, mas deixou lacunas em outros. Esse é o caso, por exemplo, do artigo 310, do Código de Processo Penal, que trata da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Esse dispositivo deixou margem para que juízes de 1º grau com entendimentos mais autoritários convertam *ex officio* a flagrancial em preventiva.

Portanto, não há motivos para distinguir a “conversão” da “decretação”, visto que o resultado de ambas é o mesmo. Nesse cenário, como a maioria da população carcerária é de baixa renda e muitos presos provisórios não tem advogado constituído nos autos, estes ficam à mercê do sistema penitenciário e da morosidade processual, superlotando ainda mais as celas, vivendo em condições insalubres e piorando ainda mais a crise carcerária.

## >> Referências

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Página. Para especialistas Brasil vive lógica de encarceramento. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 jan. 2024.

BRASIL, **Lei nº 5.349 de 3 de novembro de 1967**, dá nova redação ao Capítulo III do Título IX do Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 mar. 2022.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br>>. Acesso em: 19 de jan. 2024.

DEPEN. **Depen lança dados do Sisdepen no primeiro semestre de 2020**. Disponível em <https://www.gov.br>. Acesso em 19 de jan. 2024.

GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Ed.Saraiva, 2020.

NUNES, Diego. **O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945)** [dissertação]: do Direito Penal político italiano ao Direito da Segurança Nacional brasileiro / Diego Nunes; orientador, Arno Dal Ri Júnior. – Florianópolis, SC, 2010. 327.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 19 jan. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966**. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20>

Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2024.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HABEAS CORPUS: 188.888 MG 0098645-73.2020.1.00.0000**, Relator: Ministro Celso De Mello. DJ: 06/10/2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 19 de jan. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HABEAS CORPUS: 590039 GO 2020/0146013-9**, Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJ 25/06/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 19 jan. 2024.

