

O que não muda: a preferência dos juízes pela prisão.

A neutralização das medidas de redução do uso da prisão pela prática judiciária.

Leonardo Sica

Advogado criminalista. Doutor e mestre em Direito Penal pela USP. Diretor do Instituto M133. Presidente da AASP (2015-2016). Autor dos livros *Justiça Restaurativa e Mediação Penal* (2007) e *Direito penal de emergência e alternativas à prisão* (2002).

Sumário

1. Prisão provisória: história recente
2. Covid-19 e o problema das prisões
3. Primeiras decisões judiciais sobre prisão preventiva diante da Covid-19
4. A preferência pela prisão
5. “Não soltam nem as mães”
6. Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”). Novo esforço para enfrentar o uso excessivo da prisão cautelar. Art. 316, parágrafo único, do CPP: revisão periódica e fundamentada da prisão preventiva

Bibliografia

1 Prisão provisória: história recente

Em 2010, a International Bar Association (IBA), com apoio do Open Society Institute, lançou, na sede da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), o relatório *Um em cada cinco: a crise nas prisões e no sistema de justiça criminal brasileiro*.¹ O estudo foi apresentado assim: “o número de presos e detidos em regime de prisão provisória no Brasil está crescendo rapidamente e há um entendimento generalizado de que a justiça criminal e o sistema penal em vigor são disfuncionais”. Um em cada cinco era o número de presos em situação irregular, conforme amostra revisada em 2009 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A população prisional no Brasil era de 472.482 pessoas, a quarta maior do mundo. Desses,

1. Disponível em: <https://www.ibanet.org/>.

207.542, ou 44%, estavam em prisão provisória. Como efeitos desses números: superlotação extrema, violações a direitos humanos, incentivo à cultura das organizações criminosas, aumento da violência, sobrecarga do sistema de justiça, gastos elevados de dinheiro em prisões, etc.² Fatores que convergiram para um consenso geral: “os sistemas de justiça penal e criminal estão próximos do ponto de ruptura, diante do número crescente de processos e de presos”.³

Essas conclusões, extraídas ao acaso do relatório IBA, foram ratificadas em vários campos, à exaustão. Estudos, pesquisas, artigos, relatórios de fontes diversas corroboraram o diagnóstico rapidamente resumido anteriormente. Tudo apontava para a necessidade urgente de reformas no sistema de justiça criminal, com foco na redução do número de pessoas mantidas em prisão provisória e o “desenvolvimento de alternativas mais eficazes”⁴ do que a prisão antes do julgamento.

O Poder Legislativo reagiu e editou a Lei nº 12.403/2011, que reformou o Código de Processo Penal (CPP) introduzindo medidas cautelares alternativas à prisão provisória. O legislador enfrentou o problema e dotou o sistema de justiça de mecanismos para reverter a tendência de colapso.

A gênese daquela inovação legislativa foi bem resumida por Luiz Flávio Gomes e outros, a partir de um questionamento: “todas essas prisões (cautelares) são realmente necessárias?”; “a resposta, obviamente, é negativa. Há um excesso por parte de alguns magistrados do País” (GOMES; MARQUES, 2011, p. 15).

Em síntese, a Lei nº 12.403/2011 ampliou o rol de medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320 do CPP); estabeleceu a excepcionalidade da

prisão preventiva (art. 282, § 6º)⁵; fixou **adequação** e **necessidade** (art. 282, incisos I e II) como critérios à decretação e manutenção das prisões cautelares, etc. Dentre os objetivos daquela reforma do CPP, destaco dois: romper com a “massificação e exclusividade da prisão cautelar como forma de tutela antecipada de justiça criminal” (GOMES; MARQUES, 2011, p. 17) e continuar o trabalho de compatibilização do CPP de 1941 à Constituição Federal de 1988 (CF/1988). Em outros termos: assegurar a continuidade democrática.

Esse último aspecto, talvez mais relevante, se insere num esforço contínuo do Poder Legislativo, das cortes superiores, da academia e dos profissionais do Direito comprometidos com a ordem constitucional democrática: adequar o CPP de inspiração autoritária, pensado e promulgado sob o Estado Novo, à Constituição de 1988, pensada e promulgada no contexto de redemocratização do país. De fato, um ordenamento jurídico que tem a presunção de inocência dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão não pode conviver com esse número de pessoas presas antes do julgamento.

Segundo, em 2015, por meio da Resolução nº 213, o CNJ instituiu a **audiência de custódia**, que consiste

“na rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante, em uma audiência onde também são ouvidas as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. O juiz analisa a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. Avalia, ainda, eventuais

2. CPI instaurada em 1993 para investigar a situação do sistema penitenciário brasileiro atestou de problemas como superlotação, violência, número excessivo de presos provisórios, alto custo econômico, estímulo à segregação social e racial e à própria criminalidade (DIÁRIO, 1994).

3. *Idem*.

4. *Idem*.

5. “§ 6º - A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada”.

ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades”.⁶

A medida já estava prevista em pactos e tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos⁷ e em discussão no Congresso Nacional, no anteprojeto de novo CPP. Sua efetivação ofereceu aos juízes meios novos e ágeis de avaliar adequação e necessidade da prisão provisória e a sua substituição por outras medidas cautelares, conforme determina a lei. O potencial da medida é imenso.

O STF determinou aos juízes e tribunais que realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia.

A implementação das audiências de custódia teve forte apoio do CNJ e dos tribunais, em especial do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Porém, desde o início, juízes de primeiro grau resistiram à medida. Por variadas razões, os juízes deixaram bastante clara sua oposição e houve até casos de recusa à realização do ato.⁸

6. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/>.

7. Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, prevê, no art. 7º, item 5, que: “[...] Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. [...]”.

8. Toffoli manda CNJ investigar juízes que se recusam a fazer audiência de custódia. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-10/cnj-investigara-juizes-nao-fazem-audiencia-custodia>. Audiência de custódia não é tida como importante instrumento por metade dos juízes de 1º grau. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/296094/audiencia-de-custodia-nao-e-tida-como-importante-instrumento-por-metade-dos-juizes-de-1-grau>.

Ainda em 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a ADPF nº 347 e confirmou os alertas do começo da década quanto ao colapso prisional. Num dos pronunciamentos mais veementes da história de nossa Corte Suprema, reconheceu o **estado de coisas inconstitucional** do sistema penitenciário, nesses termos:

“[...] CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO.

Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO.

Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’. [...]”.

Além da declaração do estado inconstitucional de coisas, o STF determinou aos juízes e tribunais que realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas; determinou à União que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos e determinou à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhassem ao STF informações sobre a situação prisional.

Da longa discussão em Plenário, algumas observações indicavam uma razão latente desse

estado de coisas: a despeito da Lei nº 12.403/2011, os juízes seguiam preferindo a prisão cautelar e indiferentes à necessidade de enfrentar o problema da superlotação carcerária.

Conforme constou do voto do ministro Gilmar Mendes,

“a situação de penúria do sistema prisional do país é tão notória, o que quer se diga, será expletivo e, claro, vergonhoso para todos nós. E como tenho destacado, nós não temos, no âmbito do Judiciário, sequer a desculpa de dizer que isso é culpa da Administração, porque somos administradores do sistema. Como destacou há pouco o ministro Celso, temos grande responsabilidade na manutenção desse quadro caótico”.

O ministro Ricardo Lewandowski apontou algo que academia e advocacia já observavam dos seus respectivos locais de trabalho: as medidas cautelares substitutivas à prisão estavam sendo ignoradas pelos juízes. Nas palavras do ministro,

“o art. 312 foi modificado pela Lei 12.403/2011, ou seja, há muito tempo já, e os juízes vêm procedendo como se essa alteração não tivesse existido, determinando prisões provisórias em termos abstratos”.

Enfim, desse breve resumo histórico, colhemos que na primeira década desse século multiplicaram-se diagnósticos alertando para o agravamento do problema da superpopulação carcerária e seus efeitos humanitários, sociais e econômicos severos para o futuro do país. Os estudos – e mesmo a observação empírica do cotidiano forense – também afluíram para afirmar que o uso excessivo da prisão provisória era uma das causas imediatas do problema.

Entre 2010 e 2015, Congresso Nacional, CNJ e STF agiram. Cada qual na sua esfera de competências tomou medidas efetivas, cuja aplicação resultaria na redução do uso da prisão cautelar. Embora o relatório IBA identificasse uma “barreira institucional” para as reformas do sistema de justiça criminal que enfrentassem a “cultura do encarceramento”,

no Parlamento e nos órgãos de cúpula do Judiciário os obstáculos foram superados.

Então, qual o resultado desse conjunto de iniciativas?

Em 2019, o Brasil passou de 773.000 presos, dos quais mais de um terço em prisão cautelar. O país tem a terceira maior população carcerária do mundo e a taxa de ocupação dos presídios está acima do dobro da capacidade. Em São Paulo, por exemplo, o nível de ocupação está em 150%.⁹

A população carcerária seguiu aumentando, numa curva de crescimento que talvez seja, hoje, a maior do mundo.¹⁰ Não houve redução significativa no número de pessoas mantidas sob prisão provisória.

Algo neutralizou o esforço conjunto de Congresso, CNJ e STF. Restou, ao que parece, uma barreira institucional, identificada nos votos dos ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, na oposição dos juízes de primeiro grau à audiência de custódia e na jurisprudência dos Tribunais Estaduais que, em linhas gerais, pouco considerou as medidas substitutivas do art. 319 do CPP, tampouco avançou na exigência da demonstração dos critérios de necessidade e adequação para manter alguém preso.

As inovações institucionais não resultaram em redução da população carcerária pois, essa minha hipótese, cederam diante da preferência dos juízes pela prisão.

2 Covid-19 e o problema das prisões

A pandemia da Covid-19 é a maior crise humanitária enfrentada pelo mundo nessa geração. Desnecessário alongar-se aqui. A extensão dos efeitos sanitários, sociais, econômicos, psíquicos e ambientais da pandemia será expressiva.

9. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2019).

10. WALMSLEY, R. *World Prison Population List*. 12th edition. World Prison Brief. 2018. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf.

Conforme sagaz observação de Mário Sergio Cortella, a pandemia está “maximizando evidências... trazendo à tona coisas que não estávamos enxergando”.¹¹ As condições degradantes e insalubres de nossas prisões são ancestrais. A superlotação é um problema conhecido e que apenas tornou-se mais evidente diante das necessidades de distanciamento e isolamento. Afinal, como evitar o contato físico entre dez pessoas enjauladas num espaço que comporta cinco pessoas ou menos? Como higienizar ambientes onde pessoas dormem no chão e não tem local separado para urinar ou defecar? Para dizer o mínimo. Assim, a pandemia “apenas” jogou luzes sobre alguns problemas sociais preexistentes, dentre os quais o encarceramento em massa.

A iniciativa do CNJ foi precisa, exemplo de boa condução de políticas públicas.

Estudos mostram que a letalidade do novo coronavírus é cinco vezes maior dentro das prisões do que na população em geral.¹² Ninguém em sã consciência coloca em dúvida que nossas prisões são locais em que é impossível controlar a proliferação de qualquer vírus. Além disso, vale lembrar que o sistema penitenciário exige a circulação de milhares de agentes penitenciários, assistentes sociais, médicos, psicólogos, oficiais de justiça, advogados, familiares dos presos, funcionários de limpeza, alimentação, etc. Ou seja, o problema não se resume aos presos.

11. O que é direito na pandemia? *Live* disponível em: www.m133.com.br; aqui: <https://www.m133.com.br/assista>, aos 10min10s.

12. PAULUZE, T. Letalidade do coronavírus entre presos brasileiros é o quádruplo da registrada na população geral. *Folha de S.Paulo*, 5 maio 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/letalidade-do-coronavirus-entre-presosbrasileiros-e-o-quintuplo-da-registrada-na-populacao-geral.shtml>.

Diante da desnecessidade de “provas” da gravidade da situação, o CNJ agiu rápido. Considerando “o alto índice de transmissibilidade do novo coronavírus e o agravamento significativo do risco de contágio em estabelecimentos prisionais e socioeducativos, tendo em vista fatores como a aglomeração de pessoas, a insalubridade dessas unidades, as dificuldades para garantia da observância dos procedimentos mínimos de higiene e isolamento rápido dos indivíduos sintomáticos, insuficiência de equipes de saúde, entre outros, características inerentes ao ‘estado de coisas inconstitucional’ do sistema penitenciário brasileiro reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal”, editou a Recomendação nº 62, em 17 de março de 2020, instando os juízes a observarem as seguintes medidas:

“Art. 4º - [...] I - a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se: [...]

b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;

II - a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias;

III - a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias. [...]”.

A iniciativa do CNJ foi precisa, exemplo de boa condução de políticas públicas. Porém, o conteúdo da Recomendação nº 62 é quase um truísmo, as disposições são redundantes diante da lei. Ora, se

o CNJ precisa lembrar aos juízes que a prisão provisória é medida excepcional, de duas uma: ou os juízes não estão observando a lei ou o CNJ não está sintonizado com a prática forense.

O projeto Infovírus¹³ vem reunindo dados quanto à calamidade nas prisões, confirmando a validade da Recomendação nº 62, de março. Vejamos os relatos do período de 10 a 24 de agosto:

“[...] Na última semana, o Infovírus divulgou mais casos de mortes por COVID-19 nas prisões do país. Em São Paulo, neste mês, dois óbitos entre servidores foram computados: [...] O estado é a unidade federativa que mais registra óbitos pela doença entre os servidores do sistema carcerário, segundo o CNJ.

A postura dos tribunais também tem agravado a saúde dos apenados. O TJRS negou 92% dos pedidos de liberdade em razão da pandemia, só em maio.

Já o STF negou 80,8% dos *habeas corpus* baseados na pandemia, de acordo com o portal de notícias jurídicas Jota. Mesmo com mais de 80 óbitos nas prisões brasileiras, tribunais seguem contrariando a Recomendação 62/CNJ.

Se o cenário de estabilização de casos de COVID-19 ainda é difícil, torna-se ainda mais improvável nas prisões brasileiras. Em Santa Catarina, até 13 de agosto, um aumento de 132% nos casos de COVID-19 entre detentos [...]. No Rio de Janeiro, o painel do Depen registrou que, entre os dias 9 e 10 de agosto, o número de detentos com sintomas da doença subiu de 692 para 1.612. [...]

Em mais um pico de registros, novos casos de COVID-19 são registrados em sistema prisional. No Mato Grosso, a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário identificou que o contágio de COVID-19 entre a população prisional cresceu 196% nas últimas duas

semanas [...] Neste estado, a incidência de contaminação pelo novo coronavírus na população prisional é, pelo menos, 94% maior do que na população não privada de liberdade.

No Ceará, o Boletim Semanal do Conselho Nacional de Justiça registrou 412 casos em um mês. [...]”

Nos autos da ADPF nº 347, um dos *amicus curiae* solicitou tutela provisória incidental para implementar as recomendações do CNJ com urgência. O relator, ministro Marco Aurélio, propôs uma série de medidas,¹⁴ mas o pedido foi indeferido por maioria de votos pelo Plenário, que entendeu haver ilegitimidade de parte e impossibilidade de ampliação do objeto da ADPF.

Em linhas gerais, os ministros entenderam que a Recomendação nº 62 do CNJ seria suficiente para enfrentar os efeitos do vírus sobre o sistema penitenciário. Conforme consignou a ministra Cármen Lúcia, a recomendação do CNJ:

“[...] encontra eco em todas as pessoas que tenham compromissos humanos no Brasil, muito mais nós, que temos compromissos constitucionais [...]”.

Pelo que se depreende do voto de otimismo da ministra, a sensibilidade humana dos juízes bastaria para enfrentar os efeitos nefastos da superlotação carcerária nesse momento de pandemia global.

Não foi o que se viu.

14. “a) liberdade condicional a encarcerados com idade igual ou superior a sessenta anos, nos termos do artigo 1º da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003; b) regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo COVID-19; c) regime domiciliar às gestantes e lactantes, na forma da Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 – Estatuto da Primeira Infância; d) regime domiciliar a presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça; e) substituição da prisão provisória por medida alternativa em razão de delitos praticados sem violência ou grave ameaça; f) medidas alternativas a presos em flagrante ante o cometimento de crimes sem violência ou grave ameaça; g) progressão de pena a quem, atendido o critério temporal, aguarda exame criminológico; e h) progressão antecipada de pena a submetidos ao regime semiaberto”.

13. Infovírus, 2020. Disponível em: <https://www.covidnasprisoas.com/infovirus>. 2020.

3 Primeiras decisões judiciais sobre prisão preventiva diante da Covid-19

Nos primeiros dias de vigência da Recomendação nº 62 do CNJ, ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) afastaram prisões provisórias com aplicação de cautelares substitutivas para acusados de tráfico de drogas, violação de domicílio e corrupção de menores (HC nº 567.481-PR, Min. Sebastião Reis Junior); homicídio qualificado (HC nº 556.312-MG, Min. Rogério Schietti Cruz); crimes contra a Administração Pública e organização criminosa (RCD no HC nº 563.142, Min. Reynaldo Soares da Fonseca); tráfico de drogas (RCD no HC nº 565.567-SP, Min. Ribeiro Dantas).

No mesmo sentido, tribunais federais substituíram a prisão preventiva pelas cautelares dos arts. 319 e 320 do CPP em casos de réus condenados por tráfico internacional de drogas (TRF da 3ª Região, nº 5006442-71.2020.4.03.0000, Des. Fed. Paulo Fontes) e tráfico internacional de drogas e associação criminosa (TRF da 2ª Região, HC nº 0504682-73.2017.4.02.5101).

Decisão do ministro Rogério Schietti Cruz repercutiu como possível *leading case* para o momento:

"[...] Essa é a regra, mas ante a crise mundial do coronavírus e, especialmente, a iminente gravidade do quadro nacional, intervenções e atitudes mais ousadas são demandadas das autoridades, inclusive do Poder Judiciário. Assim, penso que, na atual situação, salvo necessidade inarredável da prisão preventiva – mormente casos de crimes cometidos com particular violência –, a envolver acusado/ investigado de especial e evidente periculosidade ou que se comporte de modo a, claramente, denotar risco de fuga ou de destruição de provas e/ou ameaça a testemunhas, o óbice da Súmula n. 691 do STF deva ser flexibilizado em maior grau [...]" (HC nº 565.799-RJ).

A reação foi imediata. O ministro Luiz Fux, do STF, publicou artigos alarmistas, relacionando – sem qualquer base teórica ou empírica – a eventual

soltura de presos diante da pandemia com o aumento da criminalidade: "coronavírus não é *Habeas Corpus*".¹⁵ O então ministro da Justiça, Sérgio Moro, disparou declarações em redes sociais e à imprensa, garantindo que o coronavírus estava sob controle nas prisões – sem apresentar dados concretos –, criticando a Recomendação nº 62 do CNJ e alertando para o perigo da soltura de milhares de presos (o que nunca ocorreu, nem se cogitou ocorrer).

Aquelas decisões do STJ restaram isoladas e a Recomendação nº 62 foi inutilizada por juízes e tribunais. Por isso, naquele momento, meados de abril de 2020, afirmamos que a Covid-19 estaria apenas revelando

"a indiferença de parte expressiva da magistratura em relação aos presos e a tendência de esquivar-se de sua responsabilidade pela superpopulação carcerária, proliferação das facções criminosas e abuso de autoridade nos presídios".¹⁶

O sentido humanitário vislumbrado pela ministra Cármen Lúcia não repercutiu nos fóruns e tribunais do país.

4 A preferência pela prisão

As justificativas utilizadas pelos juízes para descartar as recomendações do CNJ e se eximir do estado inconstitucional de coisas no sistema penitenciário revelam que, diversamente do que afirmamos anteriormente, não há indiferença da magistratura em relação aos problemas aqui tratados. Há uma opção política articulada entre a maioria dos juízes e tribunais para sustentar o uso da prisão como resposta institucional preferencial para a diversidade de problemas sociais rotulados como crime. Essa preferência pela prisão impõe-se

15. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-10/juiz-sensibilidade-cautela-consequencias-fux>.

16. SICA, Leonardo; FERREIRA, Luisa Moraes Abreu. Juízes criminais lavam as mãos diante do novo coronavírus. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/opiniao-juizes-criminais-lavam-maos-diante-coronavirus>.

à regra de tratamento derivada do princípio da presunção de inocência e neutraliza qualquer iniciativa de outros atores para reduzir o uso excessivo da prisão preventiva.

Mesmo diante de uma pandemia, ou seja, de uma calamidade pública, a resistência judicial manteve-se ativa. Destacamos alguns julgados, selecionados pelo teor das justificativas empregadas para manter pessoas presas nesse momento. Não se trata de casos isolados, argumentos como os transcritos a seguir estão sendo repetidos com frequência notada pelos profissionais do Direito.

Ao analisar pedido de prisão domiciliar de mulher custodiada em presídio superlotado, um desembargador de São Paulo, com ironia que não cabe nesse momento, negou o pedido porque

“dos cerca de 7.780.000.000 habitantes do planeta Terra, apenas três: Andrew Morgan, Oleg Skripocka e Jessica Meier, ocupantes da estação espacial internacional [...] por ora não estão sujeitos à contaminação pelo famigerado coronavírus”.

Em outro caso, uma juíza negou pedido de prisão domiciliar de preso hipertenso, pois quem viola a lei “não teria muita dificuldade, ou freios internos para violar regras sanitárias para permanência em domicílio” (*Folha de S.Paulo*, 2 de abril).

No STJ, o ministro Rogério Schietti recuou no seu entendimento inicial, adotou postura defensiva e atribuiu às instâncias inferiores a responsabilidade diante da pandemia:

“entendo que as instâncias ordinárias têm maiores condições de analisar a alegada situação de risco frente à nova realidade, por estarem mais próximos da situação carcerária e das medidas adotadas pelas autoridades da área de segurança e de saúde da localidade onde o paciente encontra-se custodiado”.

Ao mesmo tempo, reforçou o discurso de distanciamento do Judiciário da crise penitenciária:

“[...] No caso, conquanto o paciente seja portador de tumor ocular e, supostamente, pertença ao grupo considerado de risco diante do novo

coronavírus, a precariedade das cadeias públicas é argumento que pode ser adequado a todos aqueles que se encontram custodiados. O Poder Judiciário, apesar de tentar amenizar a situação, inclusive com a edição da Súmula Vinculante n. 56, não tem meios para resolver o assinalado estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em 2015 [...]” (AgRg no HC nº 573.727-SP).

Mesmo diante de uma pandemia, a resistência judicial manteve-se ativa.

O raciocínio anteriormente manifesto está latente na atitude geral dos juízes diante do problema carcerário: isso não é nossa responsabilidade. Porém, não resiste à lógica, pois é certo que há superlotação nos presídios; é certo que mais de um terço dos presos não foi julgado; é certo que a competência exclusiva para manter preso ou soltar é dos juízes. Logo, somente uma fantasia institucional permite desresponsabilizar o Judiciário por, pelo menos, parte do problema.

Em outro caso, o STJ manteve decisão que proibiu o trabalho externo a condenado em regime semiaberto pois

“seria incongruente permitir que os executados deixassem o presídio para realizar trabalho externo e a ele retornassem diariamente, enquanto o restante da população é solicitada a permanecer em isolamento em suas residências” (AgRg no HC nº 580495-SC).

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), afirmou-se que

“diante de situação em que a comunidade científica recomenda isolamento social, contraria a lógica e o bom senso que se vá dele retirar quem, socialmente desajustado, já se encontra isolado, permitindo-se circulação que, à evidência, tem

potencial efeito de contribuir para disseminação da pandemia na população em geral, mesmo porque se trata de criminosos, em grande parte contumazes, que, por óbvio, voluntariamente, não observarão as medidas de prevenção recomendadas para diminuição da transmissão do vírus” (HC nº 0076535-62.2020.8.21.7000).

Ainda no TJSP, uma câmara criminal afirmou que a recomendação do CNJ não tem valor algum e que um cidadão preso estaria mais isolado e, portanto, mais seguro quanto ao vírus, nesses termos: a

“manutenção da prisão preventiva do paciente não implica qualquer contrariedade à Recomendação CNJ nº 62/2020, que de mera recomendação se trata, sem conteúdo jurisdicional ou vinculativo [...] Também inexistente comprovação de que, no local onde se encontra recolhido, não receberá assistência de saúde (LEP, art. 14, *caput*), se necessária for; ainda menos de que, fora do cárcere, estará em melhores condições de isolamento em relação à situação atual” (HC nº 2051589-02.2020.8.26.0000, j. 9/6/2020).

Nesse momento de gravíssima crise sanitária, os tribunais concluíram que é melhor estar preso do que em liberdade. Naturalizaram a desgraça humanitária e absorveram-na como parte integrante do sistema de justiça. Decidiram, enfim, que é bom estar preso.

Maíra Rocha Machado e Natalia Pires de Vasconcelos analisaram a jurisprudência “pós-Covid-19” no TJSP, estado que concentra mais de 30% da população prisional do país, e concluíram que as decisões judiciais ignoram os efeitos da pandemia na população prisional:

“[...] milhares de pessoas em privação de liberdade – majoritariamente negros, jovens e de periferias – tiveram seus pedidos de *habeas corpus* negados pela Justiça paulista desde o início da pandemia. Analisamos todas as decisões do TJSP em ações desse tipo que mencionavam a Covid-19. Em 88% dos 6.781 casos, o pedido foi negado,

independentemente de citarem a Recomendação 62/2020 (publicada em 17 de março) ou de alegarem pertencimento a grupo de risco. O baixo número de solturas não surpreende. Revela que o TJSP, apesar da pandemia, permanece funcionando no ‘velho normal’: a prisão é vista como parte da solução, não do problema. [...]”.¹⁷

Fechando o capítulo de evidências da resistência institucional da magistratura às medidas para diminuir o uso da prisão provisória, a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) requereu ao STF a declaração de inconstitucionalidade de artigo da Resolução nº 329, CNJ, que proibiu juízes de realizar audiências de custódia por meio de videoconferência durante a pandemia.

Para justificar a suspensão das indesejadas audiências de custódia, a AMB fez uma comparação com regras de responsabilidade fiscal, ou seja, igualou a tarefa de gerir orçamentos àquela de decidir sobre a liberdade humana. Segundo o pedido, o estado de calamidade causado pela pandemia serviria para justificar a suspensão da eficácia da norma processual penal, pois o STF, sob o mesmo argumento, suspendeu exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal relativas à demonstração de adequação e compensação orçamentária para a criação e expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento à doença:

“Assim como essa eg. Corte admitiu suspender a eficácia de dispositivos de lei federal que havia acabado de considerar constitucionais, por força da pandemia, poderá, igualmente, suspender a eficácia do art. 19 da Resolução n. 329 do CNJ, uma vez que é preferível, em favor dos presos, que se realize a audiência de custódia por meio de videoconferência, do que não se realize”.¹⁸

17. Encarcerar até o vírus. Decisões judiciais ignoram os efeitos da Covid-19 na população prisional. Disponível em: <https://www.quatrocinco.com.br/br/artigos//encarcerar-ate-o-virus>.

18. Disponível em: <https://www.amb.com.br/amb-requer-ao-stf-realizacao-de-audiencias-de-custodia-por-videoconferencia/>.

Note-se que a premissa da controvérsia já é um equívoco: realizar audiência de custódia por videoconferência vs. não realizá-la. O ponto de partida dos juízes já era “não realizar audiências de custódia presenciais”. Lembrando que “não realizar audiência de custódia” é um desejo antigo da maioria dos juízes. Novamente, a pandemia está apenas maximizando evidências.

A despeito das necessidades de distanciamento social, é certo que há atividades essenciais e profissionais que estão na linha de frente da sociedade. Médicos e enfermeiros assumiram riscos para cumprir seu papel social – e não há notícias de contaminação acima do normal dentre esses profissionais. Profissionais da justiça – atividade essencial – também precisam assumir a linha de frente na garantia de direitos fundamentais. Com a suspensão da grande maioria dos atos judiciais presenciais, seria possível realizar apenas aqueles cuja presença física de juízes, advogados, promotores e do jurisdicionado seja imprescindível. E não se discute que a audiência de custódia está entre os poucos atos judiciais que precisam ser mantidos conforme determina a lei.

5 “Não soltam nem as mães”

No dia a dia forense, quando um advogado é perguntado sobre o perfil de um juiz que considera mais severo, é comum responder com algumas figuras de linguagem: “aquele juiz é mão pesada” ou “tal juiz não solta nem a mãe”.

A Lei nº 12.403/2011 incluiu a prisão domiciliar no CPP e passou a prever que essa modalidade de prisão poderia substituir a prisão preventiva nos casos em que a pessoa fosse imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade (art. 318 do CPP, com redação da Lei nº 12.403/2011). Em 2016, a redação do art. 318 mudou, permitindo a substituição no caso de “mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos” (art.

318 do CPP, com redação da Lei nº 13.257/2016, o Marco Legal da Primeira Infância).

Em fevereiro de 2018, a 2ª Turma do STF, por maioria de votos, concedeu *habeas corpus* coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, “excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deveriam ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício” (HC nº 143641). De acordo com acórdão do STF, a concessão do *habeas corpus* se justificaria

“para evitar tanto arbitrariedade judicial quanto a sistemática supressão de direitos, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais”.

“Não realizar audiência de custódia” é um desejo antigo da maioria dos juízes.

Como consequência da decisão do STF, no final de 2018, o Legislativo acrescentou um artigo ao CPP que prevê que

“a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente” (atual redação do art. 318-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.769/2018).

Trata-se de visível esforço legislativo e do STF de restrição das prisões preventivas de mães, em nome da proteção integral da criança.

Apesar das referidas mudanças legislativas e do posicionamento do STF, existem estudos e

pesquisas que apontam que ainda há vários juízes que deixam de substituir a prisão em casos de mães que não estão sendo processadas por crime com violência ou grave ameaça ou contra seus filhos ou dependentes.¹⁹

Após o julgamento do *habeas corpus* coletivo, houve um aumento do ônus argumentativo para manterem-se prisões nessas condições.

A jurisprudência do TJSP desenvolveu, rapidamente, argumentos inovadores para manter mães nas penitenciárias: formulações abstratas sobre a gravidade do crime de tráfico de drogas²⁰ ou falta de prova da imprescindibilidade da mãe para os cuidados da criança²¹ logo se tornaram motivos dominantes para evitar a prisão domiciliar. Também antes do *Habeas Corpus* nº 143.641 apareceu o argumento de que o art. 318 do CPP só se aplicaria a crianças com deficiência ou com necessidades especiais.²²

19. Em petição dirigida ao STF em 4 de setembro de 2018, o Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADH), impetrante do *Habeas Corpus* nº 143.641, informou ao tribunal que, em São Paulo, haveria 1.325 mulheres ainda presas que fazem jus à conversão da prisão preventiva em domiciliar (documento eletrônico 556 do *Habeas Corpus* nº 143.641). Outras pesquisas diagnosticaram a resistência dos operadores do Direito em cumprir o que foi determinado no *Habeas Corpus* nº 143.641, a saber: Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). *O fim da liberdade – relatório nacional completo*, 2019, p. 100. Disponível em: <http://www.iddd.org.br>; e Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC). *Mulheres Sem Prisão: enfrentando a (in)visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal*. São Paulo: 2019. p. 111.

20. HC nº 2199088-92.2017.8.26.0000 e HC nº 2253264-21.2017.8.26.0000.

21. HC nº 0025235-52.2012.8.26.0000. No mesmo sentido, HC nº 0289454-27.2011.8.26.0000. Neste caso, a paciente tinha filho recém-nascido e pedia a substituição pela domiciliar para amamentar, mas foi indeferido porque "o estudo social realizado atestou que a presença da paciente não é imprescindível ao bebê, que convive com os avós e foi tido pela perita como uma criança saudável. Ademais, como ressaltado pelo Ministério Público e acolhido na decisão atacada, o aleitamento materno realizado por mãe usuária de drogas é prejudicial à criança e não benéfico".

22. HC nº 0307735-31.2011.8.26.0000. Acórdão citou manifestação de promotor de Justiça no sentido de que "se tivesse o legislador a intenção de 'que toda mãe que pariu recentemente tivesse direito à prisão domiciliar, não teria se valido da expressão 'cuidados especiais' e, em raciocínio indutivo próprio da interpretação analógica, que esses cuidados sejam relacionados a eventuais deficiências, impassíveis de serem regularmente tratadas dentro das esferas penitenciárias".

Nos casos de tráfico, desenvolveu-se, com apoio em jurisprudência do STJ,²³ argumentação em torno do prejuízo que a convivência com mães envolvidas com o tráfico poderia trazer para seus filhos. Interessante notar que, após manifestações das impetrantes e daqueles habilitados como *amicus curiae* no *Habeas Corpus* nº 143.641 alegando resistência dos juízes em cumprirem o acórdão, o ministro Ricardo Lewandowski esclareceu que

"o fato de a presa ser flagrada levando substâncias entorpecentes para estabelecimento prisional não é óbice à concessão da prisão domiciliar e, em hipótese nenhuma, configura a situação de excepcionalidade a justificar a manutenção da custódia cautelar".

A Covid-19 maximizou evidências aqui também. Conforme pesquisa, durante a pandemia:

"O STJ negou proporcionalmente mais conversões em prisão domiciliar a gestantes, mães ou mulheres responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência do que em períodos anteriores. 43,85% dos pedidos de domiciliar no período anterior à pandemia foram negados. Depois do seu início, as denegações chegaram a 55,55%".²⁴

Não à toa, em 20 de agosto o CNJ enviou ofício para todos os tribunais pedindo prioridade na análise da situação de grávidas presas durante a pandemia, priorizando-se medidas alternativas à prisão nesses casos.²⁵

23. São vários os acórdãos do STJ nesse sentido, mesmo depois do *Habeas Corpus* nº 143641. Confira-se: 6ª T., RHC nº 96.737-RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 19/6/2018, DJ de 29/6/2018; 6ª T., HC nº 441.781-SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 12/6/2018.

24. Infovírus. Disponível em: <https://www.covidnasprisoas.com/infovirus>. Dados obtidos pela pesquisadora Manuela Moser, sob orientação da professora Marília de Nardin Budó, na Universidade Federal de Santa Catarina.

25. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2020/08/cnj-manda-oficios-a-tribunais-pedindo-reanalise-de-regime-fechado-para-gravidas-durante-pandemia.shtml>.

6 **Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”).
Novo esforço para enfrentar o
uso excessivo da prisão cautelar.
Art. 316, parágrafo único, do CPP:
revisão periódica e fundamentada
da prisão preventiva**

O chamado “pacote anticrime” resultou em mudanças expressivas no CPP, embora carentes de qualquer orientação político-criminal. Na disciplina da prisão preventiva, as inovações foram positivas, pois reforçaram entendimentos jurisprudenciais consolidados nas cortes superiores (STJ e STF) e endereçados para adequar o processo penal às garantias constitucionais.

As mudanças pretendem racionalizar e minimizar o uso da prisão preventiva, controlar o abuso de poder e reduzir a margem de arbítrio. Por má técnica legislativa, as novas regras estão espalhadas pelos artigos, incisos e parágrafos do CPP de maneira assistemática, tornando sua aplicação confusa.

A audiência de custódia foi normatizada, na nova redação do art. 310 do CPP, também para enfrentar os argumentos dos juízes que resistiam à medida alegando falta de previsão legal.

Outras mudanças relevantes: o perigo concreto gerado pela liberdade do imputado passou a ser requisito para a prisão preventiva (art. 312, *caput*) e não se admite prisão preventiva como antecipação de pena ou como decorrência de investigação ou do oferecimento de denúncia (art. 313, § 2º). Essa última vedação, muito importante para afastar a confusão comum entre os fatos imputados ao acusado e os fatos aptos a justificar sua prisão processual. A nova redação do art. 315 reforça a necessidade de motivação e fundamentação específicas e baseadas em fatos concretos que indiquem a necessidade da medida de força. E o § 2º do art. 312 fixou que 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”.

Enfim, uma série de mudanças que consolidam entendimentos das cortes superiores e da doutrina, pois cada um dos aspectos anteriormente resumidos foi longamente debatido nas últimas duas décadas.

Dentre os profissionais do Direito, a nova disciplina da prisão preventiva foi recebida com otimismo e ceticismo. Otimismo, pois a positivação no CPP de garantias constitucionais e de entendimentos jurisprudenciais duramente construídos fornece ao sistema de justiça instrumentos mais contundentes para reduzir o uso excessivo da prisão cautelar. Ceticismo, pois diversos esforços nesse sentido têm sido neutralizados na prática, diante da resistência dos juízes em mudar as bases de funcionamento da justiça criminal ou da simples preferência pela prisão.

Para explorar a hipótese dos céticos, destaco uma das novas regras que considero muito relevante: o parágrafo único do art. 316 do CPP estabelece que

“Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”.

Há muito tempo, profissionais do Direito lutam pelo estabelecimento de prazos objetivos para lidar com a prisão preventiva. Os tribunais, usualmente, respondem a essa legítima demanda com a fórmula vazia da razoabilidade. Caso a caso, juízes e tribunais observam o que lhes parece razoável como prazo para uma pessoa ficar presa sem julgamento e, via de regra, mantêm a prisão. Além da vagueza do conceito, seu emprego tem funcionado como uma espada sobre a cabeça dos defensores, pois a jurisprudência consolidou que a demora no processo não configura o excesso de prazo da prisão cautelar quando “a defesa deu causa” à demora. Assim, se a defesa pede

uma perícia, insiste na oitiva de uma testemunha, faz qualquer movimento que ao juiz pareça excessivo, está justificado o prolongamento da prisão cautelar.

O excesso de prisões provisórias tem relação demonstrada com “a inexistência de uma regulamentação legal a respeito da duração máxima da prisão cautelar”, lacuna diante da qual

“a discricionariedade do Poder Judiciário tem se manifestado de forma perigosa, seja ao não finalizar o processo em tempo razoável, seja ao não conferir à prisão preventiva o caráter de medida extrema, ou ainda ao fundamentar a sua decretação sobre a base de critérios genéricos, não passíveis de controle” (EXCESSO DE..., 2015).

A nova redação do parágrafo único do art. 316 do CPP, c.c. a regra do § 2º do art. 312, não deixa espaço para dúvidas:

(i) a revisão de prisão preventiva a cada 90 dias é obrigatória e exige fundamentação específica;

(ii) a necessidade de manutenção da prisão deve ser analisada com base em conduta do preso ou fatos processuais contemporâneos e posteriores ao decreto anterior.

A doutrina não teve dificuldades em ratificar os objetivos do legislador.

Guilherme de Souza Nucci assevera que o juiz deve

“justificar a cada 90 dias as razões que o levam a manter a custódia cautelar, sob pena de gerar constrangimento ilegal. Esse constrangimento pode originar-se da omissão do juiz em justificar a manutenção da preventiva ou da fundamentação insuficiente ou inidônea” (NUCCI, 2020, p. 1.006-1.007).

O promotor de Justiça Rogério Sanches Cunha, no mesmo sentido, afirma que

“o órgão emissor da decisão deverá revisar a necessidade de sua (da prisão preventiva) manutenção a cada 90 dias, **mediante decisão fundamentada**, sob pena de o constrangimento, até então legal, **se tornar ilegal**” (CUNHA, 2020, p. 299-300).

Gustavo Badaró enfatiza o modo de aplicação da nova legislação:

“[...] Em 90 dias, estando o acusado preso cautelarmente, **é necessário que a persecução penal tenha se desenvolvido e que o estado da prova tenha se alterado. Haverá, pois, uma situação fática distinta**. E cabe lembrar o novo § 2º do art. 312 exige que a decisão esteja fundamentada na ‘existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada’. Logo, **deverão ser invocados fatos posteriores à decretação ou contemporâneos à prorrogação**. Embora não se trate de decretação originária, mas de sua prorrogação, a lógica é a mesma e, substancialmente, tem-se uma nova decretação, com base em condições diversas e posteriores. [...]” (BADARÓ, 2020, p. RB-18.33, grifo nosso).

A necessidade de manutenção da prisão deve ser analisada com base em conduta do preso.

David Metzker reforça uma conclusão indissociável do texto do CPP e da ordem constitucional: “a manifestação sobre a revisão periódica deve ser fundamentada, **não bastando a mera repetição dos fundamentos da decisão anterior**” (METZKER, 2020).

O art. 316 do CPP impõe a **revisão fundamentada** do decreto de prisão preventiva. Assim, copiar, repetir ou resumir uma decisão judicial não equivale a revisá-la de maneira fundamentada,²⁶ especialmente tratando-se de decisão sobre a liberdade.

26. A 3ª Seção do STJ pacificou que é nula decisão judicial que apenas transcreve outra decisão: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO. PRELIMINARES. ADOÇÃO DO PARECER MINISTERIAL. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. INSUFICIÊNCIA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS. 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 216.659/SP, ressalvada compreensão pessoal, **decidiu que a mera transcrição de →**

Porém, na prática, o que se observa são decisões que se limitam a reproduzir a decisão que deveria revisar de maneira fundamentada. A fórmula rapidamente consolidada pelos juízes é “**prisão reavaliada e mantida pelos fundamentos outra expendidos** (artigo 316, parágrafo único, CPP)” (TJGO, HC nº 0211950-13.2020.8.09.0000).

Diante da previsível manobra evasiva, a matéria tem sido levada ao STJ, que, também rapidamente, valeu-se do método de jurisprudência defensiva para tornar inútil o texto da lei.

Acionado para avaliar situações em que prisões preventivas não foram revisadas no prazo legal de 90 dias, o STJ optou por “não decisões”. Os julgados limitam-se a **recomendar** aos juízes de primeiro grau que cumpram a lei, nesses termos:

“recomendação ao Juízo processante para que revise a necessidade da manutenção da prisão, nos termos do que determina o art. 316 do **Código de Processo Penal**, com as alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019” (RHC nº 123069-MS); “recomendação de que o Juízo de origem reexamine, de ofício, a necessidade de manutenção da segregação cautelar, após seis meses de sua efetivação, considerando o tempo decorrido e a colheita das provas já colhidas, nos termos do que determina o art. 316 do CPP, em sua redação atual” (HC nº 557436-PE).

Mesmo diante de prisão cautelar decretada há 6 meses, o STJ não foi além de recomendar a revisão da medida de força. Noutro julgado, o réu estava preso há 3 meses aguardando o oferecimento da denúncia e o tribunal, da mesma maneira, entendeu razoável o prazo e não aplicou o art. 316, parágrafo único (HC nº 557.146-RS).

Não obstante a clareza da lei, o STJ entende que o prazo de reanálise previsto na nova redação do

parágrafo único do art. 316 do CPP não constitui “termo peremptório” e eventual atraso da revisão não implica automático reconhecimento da ilegalidade da prisão (AgRg no HC nº 580.323-RS, Rel. DJe de 15/6/2020).

E, antes que a jurisprudência pudesse amadurecer no ponto, o STF, em claro movimento de ultra-ativismo judiciário, fixou uma “tese”:

“A inobservância do prazo nonagesimal, do art. 316, do CPP, não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juiz competente a ser instado a reavaliar legalidade e a atualidade de seus fundamentos”.

Como amplamente noticiado, a tese foi fixada de maneira anômala num julgamento de grande clamor público – a soltura de um chefe de facção criminosa (André do Rap) –, nos autos da “Suspensão de Liminar” nº 1.395. O STF inovou ao fixar uma tese sem apoio em qualquer precedente, nos autos de uma suspensão de liminar, num julgamento sem participação da defesa e de outros atores importantes em um debate com esse alcance. A decisão pode ser considerada como anúncio de uma nova cruzada judiciária, liderada pelo ministro Luiz Fux.

A redação da lei não poderia ser mais clara: a prisão preventiva **deve** ser revisada por decisão **fundamentada** a cada 90 dias “**sob pena de tornar a prisão ilegal**”. O STJ está decidindo contra a lei ao dizer que o descumprimento do prazo **não torna a prisão ilegal**. O STF reescreveu a lei, sem declará-la inconstitucional e sem observar o devido processo legal para uma decisão de alcance abstrato desse relevo.

Se a pandemia não tem sido considerada como suficiente para reduzir o número de presos provisórios, em cruel ironia, está sendo utilizada para justificar o atraso nos processos, afastar o excesso de prazo e a aplicação da nova redação do art. 316 do CPP.

No TJSP, decidiu-se que “não se pode olvidar o cenário de emergência em saúde pública, que perdura desde março de 2020, decorrente da pandemia de COVID-19, que trouxe dificuldade e atrasos no funcionamento do Poder Judiciário,

→ outra decisão ou de manifestação nos autos, sem qualquer acréscimo de fundamentação, não é apta a suprir a exigência de fundamentação das decisões judiciais, prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal [...]” (Embargos de Divergência em REsp nº 1.384.669-RS, Rel. Min. Néli Cordeiro).

sobretudo no que concerne à realização de atos que exigem intimação pessoal e participação de partes e terceiros” para afastar a aplicação da nova regra e justificar prisão processual que se prolongava por 7 meses, sem início da instrução (TJSP, HC nº 2132303-46.2020.8.26.0000, j. 13/8/2020).

O uso excessivo da prisão provisória insere-se num contexto de resistência política.

No TJDF, o prolongamento da privação de liberdade de menores foi justificado nos mesmos termos:

“Em face da situação de excepcionalidade vivenciada em razão da pandemia pelo novo coronavírus que ensejou a suspensão das audiências presenciais e diante das circunstâncias concretas da prática do ato infracional e condições pessoais desfavoráveis dos jovens infratores, a jurisprudência deste Tribunal de Justiça tem admitido a prorrogação da internação provisória para além do prazo legal” (HC nº 0711655-58.2020.8.07.0000).

A pandemia tornou-se justificativa usual em fóruns e tribunais para prolongar prisões provisórias. Como dito no início, a pandemia está maximizando evidências, tornando mais visíveis coisas que não estávamos enxergando.

A preferência dos juízes pela prisão, a resistência política da magistratura contra iniciativas de reforma do sistema de justiça criminal direcionadas para reduzir o uso da prisão preventiva e para furtar-se à responsabilidade institucional pelo colapso humanitário das prisões estão entre as coisas que a pandemia tornou mais evidentes.

A questão penitenciária segue se agravando como problema social e econômico no país. Os efeitos da curva crescente de encarceramento são variados e nenhum deles positivo. Porém, juízes e

tribunais, com valorosas exceções, ergueram uma resistência negacionista ao problema. Não há indiferença quanto ao problema, há uma preferência pela prisão, articulada por meio de ações de neutralização das iniciativas de outros atores para reduzir o uso da prisão em geral, como pena e, principalmente, como forma indisfarçada de tutela antecipada, ilegal e inconstitucional.

Mudanças institucionais exigem esforço perene e tempo para se efetivarem. Em 1938, Ataliba Nogueira registrou

“uma ofensiva geral contra a prisão. Os que atentaram contra este ou aquele aspecto de sua execução, contra esta ou aquela circunstância do seu sistema, contra esse ou aquele modo de sua organização, não penetraram mais fundo, não sentiram que o mal não era da minúcia, que o erro não era da parte, que a falha não era restrita. Não avaliaram que o mal é comum a todos os sistemas de prisão. É a prisão por sua natureza defeituosa, prejudicial, errada e desnecessária”.

Nesse século, o problema tornou-se mais grave. Decisivo para o futuro do nosso Estado Democrático de Direito, ao ponto de estudos localizarem uma disjunção da democracia brasileira na justiça criminal (CALDEIRA, 2000; CALDEIRA; HOLSTON, 1998). Por isso, Congresso Nacional, CNJ, STF, a academia e a advocacia, cada qual em seu campo, estão trabalhando para reduzir a superlotação carcerária. Reconhecem seu papel social e suas responsabilidades quanto ao estado de coisas mais do que inconstitucional: desumano e disfuncional.

Para avançar será necessário superar a preferência dos juízes pela prisão e reconhecer que, mais do que um hábito, o uso excessivo da prisão provisória insere-se num contexto de resistência política, por alguns relacionada à chamada cultura do encarceramento. Logo, remover essa barreira cultural é tarefa primordial.

Para fazê-lo, é necessário aprofundar reformas legislativas, a partir de uma orientação

político-criminal até o momento ausente, volta para reduzir o uso da prisão preventiva e estabelecer regras de transparência e *accountability* para agentes penitenciários e judiciários. Aqui vale a sugestão da AMB de utilizar o padrão da Lei de Responsabilidade Fiscal, mas para criar normas de responsabilidade penitenciária, em especial vinculando a entrada de novos presos à existência de vagas, nos termos da Lei de Execução Penal, cuja violação sistemática pode ser enfrentada com a criação desses mecanismos. A normatização da responsabilidade penitenciária seria uma tentativa de, enfim, tirar a Lei de Execução Penal do papel.

A partir dessa coordenação político-criminal, a primeira demanda a ser enfrentada será mudar os requisitos da prisão preventiva, previstos no art. 312 do CPP, para restringir a medida de força à proteção das finalidades do processo e excluir ou

restringir o conceito de “ordem pública”, que é o permissivo comum para justificar toda e qualquer prisão desnecessária.

A aplicação das Leis nº 12.403/2011 e nº 13.964/2019, a jurisprudência evasiva ao conjunto de medidas para reduzir a prisão preventiva de mães, apoiadas no princípio da proteção integral da criança; e a inutilização da Recomendação nº 62 do CNJ são evidências incontroversas da necessidade de incluir na lei normas expressas quanto ao prazo máximo de duração da prisão processual e proibir a prisão preventiva e em flagrante em determinadas hipóteses, por exemplo, em crimes sem violência contra a pessoa.

Tudo indica que, sem medidas como essas sugeridas anteriormente, nem uma pandemia será capaz de mudar o cenário de colapso das prisões e, por consequência, do sistema de justiça criminal. ■

Bibliografia

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros*. Crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: Editora 34; Edusp, 2000.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio; HOLSTON, James. *Democracy, Law and Violence: disjunctions of brazilian citizenship*. In: AGÜERO, Felipe; STARK, Jeffrey (org.). *Fault lines of democracy in post-transition Latin America*. Miami: University of Miami, 1998.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei 13.964/19: Comentários às Alterações do CP, CPP e LEP*. Salvador: Juspodivm, 2020.

DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)*. Dez. 2019.

DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, ano XLIX, suplemento ao n. 57, 19 abr. 1994.

EXCESSO DE prisão provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico. *Série Pensando o Direito*, n. 54. Brasília, Ipea-Ministério da Justiça, 2015.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.). *Prisão e medidas cautelares*. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

METZKER, David. *Lei Anticrime: Comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento*. Timburi: Cia do eBook, 2020.

NOGUEIRA, Ataliba. *Pena sem prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.