

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

GEOVANE SONAGLIO NUNES

**O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE
COVID-19 À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Porto Alegre
2023

GEOVANE SONAGLIO NUNES

**O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE
COVID-19 À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Danilo Knijnik

Porto Alegre

2023

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais, Rosana e Fernando, pelo amor, carinho, suporte e dedicação direcionados à minha formação como pessoa; vocês foram essenciais em cada etapa da minha vida, e a presença de vocês tornou essa caminhada mais fácil e proveitosa. Muito obrigado por toda aplicação a mim direcionada, espero ser capaz de retribuir todo esse amor em tempo.

Agradeço também à minha namorada, Gabriela, que me acompanha desde o início da faculdade, por sempre acreditar na minha capacidade e me impulsionar a evoluir, um dia por vez. Meu amor, tua presença foi, é, e sempre será essencial na minha vida.

Agradeço aos meus amigos, Lucca e Johann, com quem compartilhei as salas de aula desde os tempos do colégio, passando pelo curso pré-vestibular, e, por fim, chegando juntos à Faculdade de Direito da UFRGS, ainda que com um semestre de diferença, a presença de vocês foi sempre de grande ajuda ao longo de todo o curso.

Agradeço aos colegas de trabalho que tive ao longo da minha formação acadêmica que, de diversas formas, contribuíram para o meu desenvolvimento pessoal e profissional.

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Danilo Knijnik, pela paciência e instrução dedicadas a este trabalho.

E a Deus, por tudo.

A justiça, quanto à lei reguladora, pertence à razão ou intelecto; mas quanto ao império pelo qual as obras são reguladas pela lei, pertence à vontade.

São Tomás de Aquino

RESUMO

A presente monografia objetiva examinar o instituto da prisão preventiva no direito processual penal brasileiro, especificamente os posicionamentos adotados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal acerca deste instituto ao tempo da pandemia de covid-19. A partir do ano de 2020, a presença do coronavírus na sociedade suscitou novos questionamentos sobre a decretação da prisão preventiva, nesse sentido, o presente trabalho busca apresentar o entendimento da suprema corte sobre o tema a fim de demonstrar se há um posicionamento jurisprudencial superior pacífico a ser adotado. O resultado da pesquisa permite concluir que o STF, apesar de reconhecer a gravidade da situação das pessoas custodiadas ao tempo da crise sanitária, se posicionou no sentido de que os pressupostos legais que ensejam o decreto cautelar extremo preponderam sobre as particulares da pandemia e, de qualquer forma, a Corte Maior entende que a análise quanto a decretação ou revogação desta modalidade de prisão é de responsabilidade do julgador originário da causa.

Palavras-chave: prisão preventiva; decretação; revogação; pandemia; covid-19; coronavírus; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This monograph aims to examine the institute of pretrial detention in Brazilian criminal procedural law, specifically the positions adopted by the ministers of the Supreme Court about this institute at the time of the COVID-19 pandemic. From the year 2020, the presence of the coronavirus in society raised new questions about the decree of pretrial detention, in this regard, the present work seeks to present the Supreme Court's understanding on the subject in order to demonstrate whether there is a peaceful superior jurisprudential position to be adopted. The search result allows to conclude that the Supreme Court, despite recognizing the seriousness of the situation of people in custody at the time of the health crisis, has positioned itself in the sense that the legal assumptions that enlist the extreme precautionary decree precede the particulars of the pandemic and, in any case, the Court considers that the analysis of the decree or the revocation of this modality of imprisonment is the responsibility of the ordinary judge in the cause.

Key-words: pretrial detention; decree; revocation; pandemic; COVID-19; coronavirus; Supreme Court.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	10
3. A INFLUÊNCIA DA PANDEMIA DE COVID-19 NA APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA E O DECLARADO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	35
4. O POSICIONAMENTO ADOTADO POR CADA MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19	43
4.1. DO MIN. CELSO DE MELLO (Petição nº 8.637 – Distrito Federal)	43
4.2. DO MIN. MARCO AURÉLIO (<i>Habeas Corpus</i> nº 182.782 – Goiás)	47
4.3. DO MIN. RICARDO LEWANDOWSKI (Recurso Ordinário em <i>Habeas Corpus</i> nº 192.405 – São Paulo)	49
4.4. DO MIN. LUIZ FUX (<i>Habeas Corpus</i> nº 186.185 – Distrito Federal).....	51
4.5. DA MIN. CÁRMEN LÚCIA (<i>Habeas Corpus</i> nº 208.479 – Ceará)	53
4.6. DA MIN. ROSA WEBER (<i>Habeas Corpus</i> nº 193.435 – São Paulo)	54
4.7. DO MIN. GILMAR MENDES (Recurso Ordinário em <i>Habeas Corpus</i> nº 198.155 – Santa Catarina).....	56
4.8. DO MIN. EDSON FACHIN (Recurso Ordinário em <i>Habeas Corpus</i> nº 194.114 – Rio de Janeiro).....	58
4.9. DO MIN. DIAS TOFFOLI (<i>Habeas Corpus</i> nº 194.540 – São Paulo)	59
4.10. DO MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO (Recurso Ordinário em <i>Habeas Corpus</i> nº 208.960 – Amazonas)	61
4.11. DO MIN. ALEXANDRE DE MORAES (Recurso Ordinário em <i>Habeas Corpus</i> nº 194.583 – Espírito Santo)	62
4.12. DO MIN. NUNES MARQUES (<i>Habeas Corpus</i> nº 201.971 – Amapá).....	63
4.13. DO MIN. ANDRÉ MENDONÇA (<i>Habeas Corpus</i> nº 216.160 – São Paulo).....	64
5. O POSICIONAMENTO FINAL DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA.....	67
6. CONCLUSÃO.....	72
7. REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

A presente monografia versa sobre o instituto da prisão preventiva no contexto da pandemia de covid-19 que se instalou ao redor do mundo a partir do ano de 2020. Nesse sentido, o objetivo da presente pesquisa consiste em realizar uma revisão jurisprudencial quanto ao posicionamento mais atual do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do instituto em questão.

Em razão das alterações fáticas trazidas pelo novo coronavírus, doutrinadores, advogados e magistrados se encontraram diante de diversos questionamentos acerca da aplicabilidade – decretação, manutenção e revogação – da prisão preventiva. Teses, orientações e decisões foram surgindo, e foram sendo aplicadas ou rechaçadas pelos diversos tribunais do Brasil; ao passo que o vírus continuava a se alastrar pelo país – e pelo sistema penitenciário nacional.

Outrossim, em que pese a pandemia do novo coronavírus, ao menos em tese, tenha chegado ao fim, os questionamentos acerca das suas consequências para o mundo jurídico persistem. Novas crises de saúde são passíveis de ocorrer no futuro, sendo, portanto, o conhecimento de como a Corte Maior do país entende que essas circunstâncias afetam ou não a aplicabilidade da prisão preventiva de suma importância para a resolução de possíveis novas divergências sobre o tema.

Por conseguinte, o presente trabalho visa investigar o posicionamento da Suprema Corte brasileira quanto à necessidade de se decretar, revogar ou manter a segregação cautelar nesse novo contexto fático de calamidade pública. Para tanto será realizada uma revisão jurisprudencial dos mais recentes julgados do STF envolvendo o instituto da prisão preventiva ao tempo da pandemia de coronavírus.

Compreendendo que os problemas sanitários – que já assolavam o sistema prisional brasileiro, bem como já ensejaram o reconhecimento pela Suprema Corte do ‘Estado de Coisas Inconstitucional’ destes estabelecimentos – foram ressaltados pelo vírus da covid-19, a presente análise visa descobrir se houve uma mudança no entendimento dos ministros do STF sobre a aplicabilidade da prisão preventiva, de forma a definir o posicionamento destes, bem como investigar se há um entendimento unânime da Corte Maior.

Importa, de início, a esta monografia, apresentar o instituto da prisão preventiva no processo penal brasileiro – seus princípios, fundamentos e requisitos – e como a doutrina e jurisprudência pátria entende que deve ser aplicada tal medida cautelar extrema, para, na

sequência, apresentar possíveis novas teses quanto à (des)necessidade da prisão surgidos durante a pandemia de coronavírus, bem como expor os motivos que levaram o STF a declarar, no passado recente, que as penitenciárias brasileiras vivem em uma situação de latente inconstitucionalidade.

Por fim, analisaremos as principais decisões de cada ministro do Supremo Tribunal Federal, bem como de ambas as suas turmas, proferidas a partir do ano de 2020, quanto à aplicabilidade (ou não) da prisão preventiva em face dos novos argumentos surgidos com a crise sanitária de covid-19.

A pesquisa poderá encontrar uma conservação do entendimento prévio já adotado pelos ministros ou uma mudança de posicionamento frente à situação calamitosa criada pelo novo coronavírus. Assim, objetiva-se exaurir o raciocínio do Supremo Tribunal Federal acerca do instituto da prisão preventiva na atualidade, possibilitando, ao menos em tese, abrandar divergências doutrinárias e jurisprudenciais de instâncias inferiores do judiciário.

O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A prisão é conceituada por Guilherme de Souza Nucci¹ como “privação de liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere”. A prisão preventiva, de sua vez, não se afasta desse conceito, com o acréscimo de que tal instituto é uma das espécies do gênero das prisões cautelares – privações de liberdade que ocorrem antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

De maneira mais aprofundada, Odone Sanguiné² dá uma definição completa para a prisão cautelar:

A prisão cautelar pode ser definida como uma medida coativa cautelar pessoal que implica uma provisória limitação da liberdade, em um estabelecimento penitenciário, de uma pessoa contra quem, embora considerada juridicamente inocente, se formula uma imputação de ter cometido um delito de especial gravidade, decretada motivadamente por um órgão jurisdicional, na fase investigatória ou no curso do processo penal, em caráter excepcional e com duração limitada, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória penal, para garantir o normal desenvolvimento do processo penal de cognição e de execução e, segundo uma tendência geral da legislação continental, para evitar uma tríade clássica de fatores de risco: (a) de ocultação, alteração ou destruição das fontes de prova ou de colocação em perigo da vítima e outros sujeitos processuais; (b) de fuga; (c) de reiteração delitiva.

Paralelamente, por se tratar de uma espécie de privação da liberdade pessoal do indivíduo em tempo anterior a uma eventual sentença condenatória transitada em julgado, o instituto da prisão preventiva vai de encontro direto com o princípio da presunção de inocência, sendo, em uma primeira análise, uma medida totalmente incompatível com este mandamento constitucional. Para resolver esse conflito aparentemente inconciliável entre a base filosófica do resguardo imperioso da liberdade do inocente e a necessidade sociológica de proteção da sociedade, a doutrina formulou interpretação no sentido de que a presunção de inocência, em verdade, apenas impede que qualquer medida cautelar tenha natureza de antecipação da pena ou da culpa, ou seja, nega qualquer equiparação entre o investigado/acusado e o culpado.³ Assim, a prisão preventiva encontrou respaldo constitucional devendo ser aplicada somente nas hipóteses previstas em lei (as quais analisaremos com profundidade na sequência deste capítulo), e nunca como penalidade imediata ou castigo antecipado daquele contra o qual apenas existe investigação ou ação penal em curso, e sem condenação com trânsito em julgado.

Prosseguindo para os dispositivos legais acerca da privação de liberdade, o encarceramento, seja definitivo, seja cautelar, possui sua previsão legal maior no artigo 5º,

¹ NUCCI, Guilherme de S. Manual de Processo Penal. 3ª Edição, Grupo GEN, 2022, p. 351.

² SANGUINÉ, Odone. Prisão Cautelar - Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais. Grupo GEN, 2014, p. 1

³ Ibid., p. 185 – 187.

inciso LXI, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]”.

Por conseguinte, conclui-se que o mandamento constitucional determina que a prisão preventiva só é possível quando proferida por um juiz competente, e sempre de maneira escrita e fundamentada de acordo com as especificidades do caso concreto – aqui já se adianta que a fundamentação baseada em elementos abstratos não é aceita. Neste sentido, a legislação infraconstitucional, qual seja o Código de Processo Penal Brasileiro, se além às minúcias, procedimentos, pressupostos e requisitos para que a prisão preventiva seja corretamente utilizada.

Ainda neste ponto, Sanguiné⁴ apresenta o princípio da legalidade como fundamento e limitador da prisão cautelar, ao passo que qualquer medida cautelar restritiva de liberdade só pode ser aplicada quando expressamente prevista, ou na Constituição Federal, ou na Lei infraconstitucional, ressaltando que este princípio impõe as necessidades de que a lei seja escrita, prévia ao fato sancionado e descritiva de fatos determinados.

Entrementes, antes de adentrar no campo destas regras propriamente positivadas, importa realizar uma breve passagem sobre a principiologia que rege o gênero das prisões cautelares, eis que, nas palavras de Aury Lopes Jr.⁵, “são os princípios que permitirão a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da presunção de inocência”; indicando as basilares da jurisdicionalidade e fundamentação das decisões, do contraditório, da provisionalidade, da provisoriedade, da excepcionalidade e, por fim, da proporcionalidade, como as normas fundamentais das prisões cautelares.

O primeiro princípio, da jurisdicionalidade e da fundamentação das decisões, por óbvio, reflete na obrigatoriedade de a decisão que decretar uma medida cautelar restritiva de liberdade ser emanada por um órgão judiciário competente e ser devidamente fundamentada. Este princípio refletiu nas exigências contidas no já mencionado inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal, bem como nos artigos 311 e 315 do Código de Processo Penal, os quais serão melhor analisados na sequência deste trabalho. Dessarte, Sanguiné⁶ destaca o princípio do juiz natural como uma garantia da própria jurisdição, ao passo que o órgão jurisdicional (seja juiz, seja tribunal) deverá ser independente e imparcial, instituído pela Constituição e criado

⁴ Ibid., p. 63.

⁵ LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. 7ª Edição, São Paulo, SaraivaJur, 2022, p. 37 – 38.

⁶ SANGUINÉ, op. cit., p. 558.

por lei, além de ter sua competência determinada em tempo anterior ao seu objeto de julgamento a fim de evitar a criação de ‘tribunais de exceção’. Já no tocante à necessidade de fundamentação das decisões, o referido autor a considera como um direito fundamental e “mecanismo para assegurar o direito de defesa, o contraditório, o duplo grau de jurisdição, e a independência e imparcialidade do juiz”⁷.

A garantia do contraditório, de sua vez, princípio este que por muito tempo foi mitigado em sede de medida cautelar, teve sua presença estabelecida de forma mais rígida a partir das reformas legislativas trazidas pela Lei nº 13.964/2019. Agora, a partir do pedido de decretação de uma medida cautelar, deve o juiz intimar a parte contrária para se manifestar, à exceção de casos urgentes ou que importem em perigo de ineficácia da medida, mas que, de qualquer forma, deverão ser fundamentados e justificados em elementos concretos que configurem tal urgência, de modo a proporcionar, ao menos em tese, um contraditório posterior.⁸ Ainda, a audiência de custódia também se mostrou como um importante reforço ao contraditório, determinando a necessidade de apresentação daquele que for preso à autoridade judiciária que decretou sua prisão ou àquela que receber o Auto de Prisão em Flagrante, sempre com a finalidade de se verificar a existência de qualquer irregularidade ou ilegalidade na prisão, bem como permitir um espaço para manifestações da defesa e possíveis reconsiderações do magistrado quanto à necessidade de se aplicar uma medida cautelar. Sanguiné⁹ ainda destaca que a garantia do contraditório somente é efetiva quando os decretos cautelares contiverem os motivos e razões que levaram o órgão judicial a decidir pela prisão preventiva, possibilitando, desta maneira, o exercício da defesa e evitando detenções ilegais e arbitrárias.

A provisionalidade, de sua vez, determina que as prisões cautelares são situacionais, ou seja, são medidas que tutelam uma situação fática específica e dependem da devida configuração da materialidade do delito, dos indícios suficientes de autoria, e da indicação concreta do perigo decorrente do estado de liberdade do agente ao qual o delito é imputado; frisa-se, sempre de forma concomitante, ao passo que a ausência de apenas um desses pressupostos obriga a não decretação ou a revogação de uma prisão preventiva. Ainda, por ser

⁷ Ibid., p. 431.

⁸ BRASIL, 1941, Código de Processo Penal. Art. 282, § 3º: Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

⁹ SANGUINÉ, op. cit., p. 593.

situacional, exige que as cautelares sejam pautadas na atualidade e concretude do perigo.¹⁰ Este princípio refletiu nos pressupostos da prisão preventiva, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, que serão melhor abordados na sequência deste capítulo.

Ainda, a prisão cautelar deve respeitar o caráter da provisoriedade, ou seja, ser temporária e de curta duração a fim de não se tornar espécie de antecipação da (possível) pena. Neste ponto, as discussões sobre o excesso de prazo da prisão preventiva possuem diversos contornos; como não existe prazo máximo de duração desta cautelar fixado em lei, doutrina e jurisprudência divergem nas suas concepções de excesso. Apesar de alguns doutrinadores defenderem que a violação dos limites estabelecido para a prática de um ato específico já configuraria excesso de prazo e, conseqüentemente, a revogação da preventiva (como o oferecimento da denúncia fora do prazo de cinco dias para agentes presos ou a realização da audiência de instrução em até sessenta dias para o rito comum), Aury¹¹ alerta que em razão destes prazos não possuírem sanções às suas violações, são sujeitos recorrentes de ineficácia. O autor segue sua crítica no ponto em que a falta de uma previsão expressa de um prazo máximo para uma prisão preventiva fere o direito constitucional à uma razoável duração do processo¹², entendendo que as Súmulas 21 e 52¹³ do STJ são absolutamente incompatíveis com esta garantia, posto que “o direito à ‘razoável duração do processo’ não pode ser reduzido ao direito à ‘razoável duração da instrução’”¹⁴. Ademais, na tentativa de tutelar a provisoriedade da prisão preventiva, o legislador reformador, a partir da já citada Lei nº 13.964/2019, acrescentou a necessidade de serem revistos os fundamentos da cautelar pelo órgão emissor da decisão a cada noventa dias, contudo, tal dispositivo também carece de efetividade em razão do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme veremos ainda neste capítulo ao ser analisado o parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal. Neste ponto, Sanguiné¹⁵ acompanha as irresignações doutrinárias quanto à falta de um prazo máximo estabelecido para a duração de uma segregação cautelar:

¹⁰ LOPES JR., op. cit., p. 45.

¹¹ Ibid., p. 48 – 50.

¹² BRASIL, 1988, Constituição Federal. Art. 5º, inciso LXXVIII: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide ADIN 3392)

¹³ Súmula 52 do STJ: Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

Súmula 21 do STJ: Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.

¹⁴ LOPES JR., op. cit., p. 51.

¹⁵ SANGUINÉ, op. cit., p. 465.

A indeterminação e, portanto, subjetividade do critério da razoabilidade conduz ao risco de esvaziar o direito fundamental à razoável duração do processo e, conseqüentemente, legitimar privações de liberdade excessivas. Daí a necessidade da jurisprudência fixar critérios limitativos dessa cláusula geral, especialmente em razão da falta de sanção no caso de excesso de prazo.

Outrossim, ressalta-se que a regra sempre será a liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo a privação de liberdade, antes disso, a exceção. Assim, a excepcionalidade como um dos princípios basilares da prisão preventiva atua para consagrar a prisão cautelar como *ultima ratio*, sendo dever do magistrado sempre analisar a real necessidade desta medida, a adequação do caso concreto aos seus pressupostos e requisitos e, principalmente, se não é cabível a aplicação de outra medida cautelar que não a de prisão (entre as dispostas no art. 319¹⁶ do CPP). Na lição de Sanguiné¹⁷, a restrição da liberdade de maneira cautelar “não aparece como uma solução entre as outras, mas como a solução mais extrema (*ultimum remedium*) que somente pode ser utilizada no caso em que se revela estritamente necessária e quando as outras medidas se revelem insuficientes”. Este princípio restou consagrado no artigo 282, § 6º¹⁸, bem como no artigo 310, inciso II¹⁹, ambos do Código de Processo Penal.

Finalmente, a última norma basilar que consagra as prisões cautelares é o princípio da proporcionalidade, o qual praticamente rege toda a interpretação do magistrado acerca da necessidade de se decretar a prisão preventiva diante das circunstâncias de cada caso concreto, ponderando a medida extrema com a sua finalidade e diante da intensidade dos seus pressupostos (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*). A aplicação da proporcionalidade no bojo das prisões preventivas serve como um instrumento para evitar o excesso e a banalização da utilização desta cautelar, sendo dividida pela doutrina em três subprincípios: (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro retoma a

¹⁶ Este dispositivo do diploma processual penal elenca como medidas cautelares diversas da prisão o comparecimento periódico em juízo, a proibição de acesso a determinados lugares ou de manter contato com determinadas pessoas, a proibição de se ausentar da comarca, o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, a suspensão do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira, a internação provisória, a fiança, e o monitoramento eletrônico.

¹⁷ SANGUINÉ, op. cit., p. 401.

¹⁸ BRASIL, 1941, Código de Processo Penal. Art. 282, § 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

¹⁹ BRASIL, 1941, Código de Processo Penal. Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

ideia de excepcionalidade ao passo que se outra medida cautelar menos gravosa ser igualmente apta a atingir a finalidade desejada, esta deve prevalecer. O segundo conversa com a provisoriedade e provisionalidade no ponto em que proíbe exceder o necessário (de meios e de tempo) para se atingir o resultado pretendido. Já a proporcionalidade em sentido estrito é o mandamento de ponderar o grande prejuízo de submeter alguém presumidamente inocente ao cárcere e a real necessidade dessa prisão.²⁰

No mesmo sentido é a lição de Sanguiné²¹ sobre o princípio da proporcionalidade em matéria de segregação cautelar:

Esta medida cautelar deve cumprir com os três subprincípios que compõe o princípio constitucional da proporcionalidade: a idoneidade da medida cautelar em relação aos fins constitucionalmente legítimos que com ela se perseguem, bem como há de ser proporcional à gravidade dos fatos apurados, de modo que o sacrifício ou restrição que a medida representa na esfera dos direitos fundamentais do imputado não pode ser mais oneroso para quem a padece que o possível resultado condenatório da sentença. A necessidade da medida que será incabível quando seja possível substituí-la por outra com a mesma eficácia, porém menos lesiva para o imputado. A proporcionalidade em sentido estrito, de modo que a decretação ou manutenção da prisão provisória deve resultar, por um lado, de um juízo de ponderação entre os meios que são adequados e os fins que pode cumprir para o resultado do processo, assim como entre os direitos fundamentais à liberdade e à presunção de inocência em conflito com a eficácia da administração da justiça na persecução estatal do crime, de outro lado. No princípio da proporcionalidade também se inclui a regra de subsidiariedade no sentido de que somente deve adotar-se a prisão provisória em caso de insuficiência das demais medidas disponíveis, aplicando-se prioritariamente a medida alternativa menos lesiva.

Já entendendo os princípios que regem a prisão preventiva no nosso ordenamento jurídico pátrio, devemos prosseguir a análise deste instituto aos seus pressupostos e requisitos, nos termos do nosso diploma processual penal pátrio, do qual podemos extrair três subespécies de prisão preventiva, sendo a originária (decisão independente), a substitutiva (imposta quando do descumprimento de outra medida cautelar) e a proveniente da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva²². Neste estudo, contudo, nos ateremos mais à primeira, posto que entendendo o seu regramento, paralelamente abordaremos as demais.

Em primeiro, quanto ao momento de decretação, cabe mencionar que a prisão preventiva, como espécie de prisão cautelar, é possível tanto na fase da investigação policial, quanto no decorrer do processo penal (inclusive na fase recursal), sempre decretada pela autoridade judiciária competente, e devendo ser requerida pelo Ministério Público, querelante,

²⁰ LOPES JR., op. cit., p. 58 – 61.

²¹ SANGUINÉ, op. cit., p. 628.

²² Ibid., p. 106.

assistente ou pela autoridade policial; essa é a norma inicial do capítulo da prisão preventiva do Código de Processo Penal.²³

Assim, seguindo a letra do artigo 311 do CPP, enquanto a expressão ‘investigação policial’ restringe a aplicabilidade da prisão preventiva, impedindo o seu decreto em inquéritos civis ou investigações pelo Ministério Público, o termo ‘processo penal’ amplia sua aplicação para além da instrução processual, permitindo a medida cautelar extrema tanto no primeiro contato do juiz com a inicial acusatória quanto após o término da instrução processual e o início da fase recursal.²⁴

Outrossim, Aury²⁵ defende não existir dúvida quanto à impossibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício, ao passo que a nova redação do artigo 311 do CPP determina ser necessário o requerimento por uma das figuras supracitadas; nas suas palavras:

A redação é clara e deve estabelecer um rompimento cultural, abandono da mentalidade inquisitória, e contribuir para a implantação do sistema acusatório (e, com ele, criar as condições de possibilidade de termos um juiz imparcial e o devido processo legal).

O referido autor ainda segue sua crítica contra o sistema inquisitório ao mencionar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²⁶, que, em que pese tenha confirmado a impossibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, em posterior manifestação criou argumentos considerados pelo autor como uma forma de burlar o sistema de garantias e esvaziar o sentido da norma que proíbe a referida decretação de ofício, eis que o mesmo tribunal entendeu que “a posterior manifestação do órgão ministerial ou da autoridade policial pela conversão ou decretação de prisão cautelar supre o vício de não observância da formalidade do prévio requerimento para a prisão preventiva decretada de ofício”.²⁷

Neste ponto, em que pese a doutrina de Sanguiné²⁸ seja anterior à reforma processual trazida pela Lei nº 13.964/2019, momento em que ainda era permitido na própria redação do artigo 311 do CPP a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, o autor já alertava para

²³ BRASIL, 1941, Código de Processo Penal. 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)

²⁴ SANGUINÉ, op. cit., p. 107.

²⁵ LOPES JR., op. cit., p. 110.

²⁶ Teses nº 7 e 8 da Edição nº 184 da Jurisprudência em Teses do STJ, publicada em 21-01-2022.

²⁷ LOPES JR., op. cit., p. 111.

²⁸ SANGUINÉ, op. cit., p. 554.

a sua incompatibilidade com o sistema acusatório e o conseqüente comprometimento da garantia da imparcialidade do órgão judiciário, que estaria assumindo uma posição inquisitiva.

Cabe mencionar, ainda no tocante ao momento de decretação da medida cautelar extrema, que a apresentação espontânea do autor do delito perante a autoridade policial ou judiciária não tem o condão de impedir o decreto preventivo. Caso isso fosse possível, o agente que cometesse grave abalo à ordem pública, por exemplo, poderia se esquivar da cautelar pela simples apresentação – assim, caso estejam presentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva (os quais veremos a seguir), não há de se falar em impedimento da prisão preventiva em função da apresentação espontânea do sujeito, existindo, ao máximo, uma ressalva quanto à utilização do argumento da conveniência da instrução penal, eis que o autor dá indícios de que pretende colaborar com a justiça.²⁹

Prosseguindo, o diploma processual estabelece os pressupostos para a decretação da prisão preventiva no seu dispositivo subsequente. Na lição de Nucci³⁰, sempre serão no mínimo três requisitos cumulativos para que seja possível a decretação da prisão preventiva, quais sejam: (i) a prova da materialidade, (ii) a existência de indícios suficientes de autoria, e (iii) a configuração de ao menos um dos quesitos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal.

A prova da materialidade consiste na certeza da existência de um crime, enquanto a presença de indícios suficientes de autoria diz respeito à probabilidade (não possibilidade) de a pessoa investigada/indiciada/acusada ter sido a autora da referida infração penal. Ambos estes requisitos formam, em conjunto, o pressuposto do *fumus commissi delicti* (fumaça da existência de um crime e do conhecimento da sua autoria).³¹

A prova da existência do crime, ainda, é configurada de maneira distinta a depender do tipo de delito praticado. Quando a infração deixa vestígios é necessária a realização do exame de corpo de delito a fim de se verificar a materialidade da conduta, apesar de também serem admitidos outros meios probatórios quando desaparecidos os vestígios do crime; enquanto os crimes transeuntes – os quais não necessariamente deixam vestígios – admitem a configuração

²⁹ NUCCI, op. cit., p. 378.

³⁰ Ibid., p. 371.

³¹ LOPES JR., op. cit., p. 112 – 116.

da materialidade para a decretação da prisão preventiva por qualquer meio processualmente admitido (lícito ou não proibido por lei), como as provas testemunhais ou documentais.³²

Os indícios suficientes de autoria, de sua vez, são pujantemente descritos por Sanguiné³³ da seguinte forma:

A expressão “indício suficiente de autoria” significa um elemento cognoscitivo de natureza lógica adquirido durante a investigação no sentido de *prova incompleta* ou *semiplena* da autoria, *prova leve com menor valor persuasivo*, ainda em evolução à espera de receber uma confirmação plena por meio do contraditório e suscetíveis de acrescentar-se e modificar-se com a apuração de posteriores informações que estimulam a contínua verificação da capacidade acusatória de resistir à hipóteses alternativas. A expressão significa, assim, um *quantum* (ou *standard*) de prova que serve para legitimar a medida cautelar. Com base nele, o juiz deve formular um juízo prognóstico deliberatório funcional concernente não à certeza, nem à mera possibilidade, mas à probabilidade (elevado grau de credibilidade) da autoria ou participação criminal e razoabilidade de culpabilidade e consequente condenação.

Já os quesitos elencados no art. 312 do CPP (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal) são denominados pela doutrina como o pressuposto do *periculum libertatis*, termo que significa, de acordo com a parte final do dispositivo legal supramencionado, “o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”³⁴, bem como “consiste na situação de risco relevante para a efetividade do processo e/ou da execução futura da eventual sentença condenatória”³⁵

A garantia da ordem pública é definida por Nucci³⁶ como “a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito”; explicando que, para um melhor entendimento da configuração de tal quesito, este pode ser dividido em três subfatores: (i) gravidade concreta da infração, (ii) repercussão social e (iii) periculosidade do agente. O autor ainda ressalva que a repercussão social não é configurada apenas com a ampla divulgação midiática, mas pelo sentimento de insegurança e impunidade que a prática do delito gera no seio da sociedade; enquanto a periculosidade do agente não seria referente apenas aos antecedentes criminais deste, mas conversaria também com a gravidade do crime.

Em contrapartida, Aury³⁷ é crítico ferrenho do pressuposto da garantia da ordem pública, considerando tal conceito vago e indeterminado ao passo que deixa em aberto a sua interpretação, prestando-se a “qualquer senhor”; ou seja, nesse sentido seria possível enquadrar

³² SANGUINÉ, op. cit., p. 119.

³³ Ibid. p. 121.

³⁴ LOPES JR., op. cit., p. 117.

³⁵ SANGUINÉ, op. cit., p. 123.

³⁶ NUCCI, op. cit., p. 372 – 373.

³⁷ LOPES JR., op. cit., p. 117.

grande parte das situações fáticas no referido conceito, esvaziando a condição de excepcionalidade que rege a prisão preventiva. No mesmo sentido, explica Sanguiné³⁸:

O legislador optou por um modelo aberto porquanto deixou à atividade jurisdicional a tarefa de concretizar o sentido e alcance dessas expressões legais, o que pode revelar-se uma alternativa desastrosa em sistemas cujos atores jurídicos permaneçam vinculados a uma cultura autoritária.

A garantia da ordem econômica, de sua vez, é tida como uma espécie do recém comentado gênero da garantia da ordem pública. Paralelamente é um fator permissivo da prisão preventiva de agente que cause sério abalo à situação econômico-financeira de uma instituição ou até mesmo do Estado a fim de evitar o sentimento de impunidade na sociedade ou do abalo à credibilidade da Justiça. Também estão presentes os três subfatores anteriormente mencionados (gravidade do delito, repercussão social e periculosidade do agente), bem como outros como o particular modo de execução e o envolvimento do agente com organização criminosa.³⁹ De maneira semelhante, para Sanguiné⁴⁰ o pressuposto da garantia da ordem econômica conversa com a “prevenção da reiteração de crimes que perturbem o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso de poder econômico, visando a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”.

A seu turno, conveniência da instrução criminal atua como um escudo do devido processo legal; o argumento é utilizado para proteger o procedimento da instrução processual e tutelar a prova. Como exemplos mais corriqueiros da necessidade de decretar a prisão preventiva para o resguardo da instrução a doutrina elenca a notícia de ameaças/constrangimento/suborno de testemunhas, bem como a tentativa de desaparecer/alterar/destruir documentos ou de modificar o local do crime.⁴¹ Neste ponto, importa destacar que, se a conveniência da instrução criminal for o pressuposto ensejador da prisão preventiva, após a oitiva das testemunhas e a coleta dos demais elementos probatórios, em respeito à instrumentalidade e provisoriedade das medidas cautelares, deve-se entender que restou superada a motivação do decreto extremo, importando na sua revogação.⁴²

Aury⁴³ também se insurge quanto à ampla discricionariedade do termo “conveniência”, considerando-o “incompatível com o instituto da prisão preventiva, pautada pela

³⁸ SANGUINÉ, op. cit. P. 123.

³⁹ NUCCI, op. cit., p. 373.

⁴⁰ SANGUINÉ, op. cit. p. 336.

⁴¹ NUCCI, op. cit., p. 373.

⁴² SANGUINÉ, op. cit., p. 240.

⁴³ LOPES JR., op. cit., p. 118 – 119.

excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, sendo, portanto, um último instrumento a ser utilizado”, ainda, acrescenta:

Por fim, não se justifica a prisão do imputado em nome da conveniência da instrução quando se pretende é prendê-lo para ser interrogado ou forçá-lo a participar de algum ato probatório (acareação, reconhecimento etc.). Isso porque, no primeiro caso (interrogatório), o sujeito passivo não é mais visto como um “objeto de prova”, fazendo com que o interrogatório seja, essencialmente, um momento de defesa pessoal. Logo, absurdo prender-se alguém para assegurar o seu direito de defesa. No segundo caso, a prisão para obrigá-lo a participar de determinado ato probatório é também ilegal, pois viola o direito de silêncio e, principalmente, o *nemo tenetur se detegere*⁴⁴.

Já a garantia de aplicação da lei penal visa tutelar a finalidade maior do processo penal, qual seja, de proteger o exercício do direito de punir estatal, ao passo que a falta dessa garantia esvaziaria todo o sentido de se instaurar uma ação penal. O exemplo mais corriqueiro para ensejar a utilização desse vetor no momento da decretação da prisão preventiva é o risco de fuga do sujeito passivo, que busca se eximir da aplicação da lei.⁴⁵

Seguindo seu raciocínio crítico à discricionariedade da lei no que tange aos termos utilizados para definir os pressupostos da prisão preventiva, Aury⁴⁶ alerta: “o risco de fuga não pode ser presumido; tem de estar fundado em circunstâncias concretas”. Nesse sentido, a utilização de um método dedutivo no momento da decretação da prisão preventiva, em que decisões são tomadas a partir de ilações (projeções) da mente do juiz de que o agente passivo teria a probabilidade de se evadir não se sustentam em nenhum elemento concreto e, portanto, ferem diversos princípios constitucionais e processuais penais, como o da fundamentação das decisões judiciais, do devido processo legal e da ampla defesa – eis que não há contra-argumento de algo imaginado, por isso a necessidade de elementos concretos para fundamentar uma decisão judicial que atenta contra a liberdade de alguém que não é condenado definitivo.

Em doutrina semelhante, Sanguiné⁴⁷ também sinaliza para a difícil aplicação do pressuposto da garantia de aplicação da lei penal em nosso sistema constitucional acusatório, regido pela presunção de inocência, em que, portanto, a segregação cautelar calcada nesse

⁴⁴ Princípio jurídico segundo o qual “o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório. Sublinha-se: do exercício do direito ao silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o imputado.” (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17ª Edição, São Paulo, Saraiva Educação, 2020, p. 119.)

⁴⁵ NUCCI, op. cit., p. 374.

⁴⁶ LOPES JR., op. cit., p. 119.

⁴⁷ SANGUINÉ, op. cit., p. 256.

fundamento encontra óbice na proibição de assimilar de forma automática o imputado ao condenado.

Outrossim, no seu parágrafo primeiro, o artigo 312 do CPP ainda permite a decretação da prisão preventiva substitutiva, possível quando do descumprimento de medidas cautelares diversas da prisão anteriormente impostas. Neste caso, o mesmo raciocínio quanto à impossibilidade de decretação da prisão de ofício é válido, eis que o próprio dispositivo legal remete à norma que determina a necessidade de requerimento para a validade de tal decisão (artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal). Louvável é mencionar que esta modalidade de prisão preventiva entra ainda mais em evidência a partir da Lei nº 11.340/2006, que dá nova função ao cárcere cautelar para garantir a execução das medidas protetivas de urgência no âmbito da violência doméstica e familiar (ponto este ressaltado nas circunstâncias legitimadoras da prisão preventiva dispostas no artigo 313 do CPP, que veremos na sequência desta monografia). Dessarte, como espécie de medida cautelar de natureza substitutiva, Sanguiné⁴⁸ explica:

Não se trata de situação em que, desde o início, permitiria decretar a prisão preventiva, mas uma situação originária de necessidade de tutela cautelar que encontra adequação em medida alternativa à prisão cujo descumprimento implica reforço da necessidade de decretação da prisão cautelar.

Já o parágrafo segundo do artigo 312 do CPP determina a necessidade de se verificar a existência de um risco concreto bem como a atualidade do perigo para que seja possível decretar a prisão preventiva. Neste posto, Aury⁴⁹ elogia a reforma trazida pela Lei 13.964/2019 por considerar a concretude e a contemporaneidade elementos fundamentais da natureza cautelar da prisão preventiva, que é um instituto situacional, e, portanto, “tutela uma situação fática presente, um risco atual”, eis que sem a atualidade e a concretude dos fatos analisados não existiria *periculum libertatis*, e, tampouco, caberia a prisão preventiva.

Para além dos pressupostos recém mencionados, o diploma processual penal pátrio, em seu artigo subsequente, estabelece circunstâncias legitimadoras da prisão preventiva. Assim dispõe o artigo 313 do Código de Processo Penal:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁴⁸ Ibid., p. 160.

⁴⁹ LOPES JR., op. cit., p. 120 – 121.

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - (revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Por primeiro, não há dúvida quanto à necessidade de o crime ser doloso para a decretação da prisão preventiva, o que já exclui do bojo desta medida cautelar a incidência de crimes culposos e contravenções penais. Para Nucci⁵⁰, tal disposição é acertada, “pois não tem cabimento recolher, cautelarmente, o agente de delito não intencional, cuja periculosidade é mínima para a sociedade e cujas sanções penais são também de menor proporção”. Entrementes, Sanguiné⁵¹ faz menção à possibilidade, ao menos em tese, do decreto cautelar extremo incidir nos crimes preterdolosos (conduta inicial dolosa com resultado final culposos); explica o autor que, para além da estrutura típica dolosa no crime base, há resultado agravador o qual sempre implica uma pena maior e, portanto, se preenchidos os requisitos do artigo 312 do CPP no caso concreto, os delitos preterintencionais também estariam sujeitos à prisão preventiva.

O requisito de a pena privativa de liberdade cominada ao crime ser superior a quatro anos, de sua vez, é decorrente do princípio da proporcionalidade, ao passo que não seria congruente decretar a medida cautelar extrema em desfavor de acusado de fato do qual, se eventualmente condenado, terá sua pena privativa de liberdade substituída por penas restritivas de direitos. Esta regra, contudo, é destinada para reger a decretação da prisão preventiva originária, ou seja, excepcionalmente é admitido o decreto cautelar de prisão preventiva na modalidade substitutiva, quando do descumprimento de medidas alternativas ao cárcere anteriormente impostas, ainda que o fato supostamente praticado pelo acusado tenha pena cominada em abstrato igual ou inferior a quatro anos.⁵²

⁵⁰ NUCCI, op. cit., p. 376.

⁵¹ SANGUINÉ, op. cit., p. 145.

⁵² Ibid., p. 147.

Ademais, Aury⁵³ chama atenção ao termo ‘superior’, entendendo estar cristalina no texto legal a proibição de se decretar a prisão preventiva quanto aos crimes cuja pena máxima sejam exatos quatro anos; por outro lado, em situações em que haja concursos de crimes com penas inferiores à quatro anos, o autor se vale da jurisprudência para resolver a problemática, considerando, paralelamente, os entendimentos das Súmulas 723 do STF⁵⁴ e 243 do STJ⁵⁵, ao passo que, nesses casos, deve-se aplicar o aumento de pena decorrente do concurso material, formal ou do crime continuado para se verificar a possibilidade de decretar a prisão preventiva. Neste ponto, Sanguiné⁵⁶ ainda complementa que as “circunstâncias qualificadoras e privilegiadoras alteram a pena mínima ou máxima cominada no tipo penal, portanto, devem ser levadas em conta para aferir o cabimento da prisão preventiva autônoma”, o que, contudo, não se repete quanto as circunstâncias agravantes e atenuantes, que não tem capacidade de elevar a pena máxima a patamar superior ao já cominado em abstrato no tipo penal.

A segunda circunstância legitimadora trata da reincidência em crimes dolosos, com sentença transitada em julgado; ou seja, o dispositivo pede que o agente já tenha sido condenado definitivamente por crime doloso (com a ressalva de que desta condenação não tenha decorrido o período de cinco anos) para que lhe seja passível impor a prisão preventiva. Contudo, tanto Aury⁵⁷ quanto Nucci⁵⁸ concordam que tal disposição é inócua, pois não basta que o sujeito seja reincidente em crime doloso, ainda é necessário que estejam presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* do artigo 312 do CPP, sendo que, se presentes, mesmo que o agente seja primário, ainda é permitida a decretação da prisão preventiva. Em contrapartida, Sanguiné⁵⁹ demonstra que o referido dispositivo é aproveitável porque incide como uma exceção à regra anterior, permitindo o decreto preventiva daquele que for acusado por crime cuja pena máxima em abstrato seja igual ou inferior a quatro anos, desde que reincidente em crime doloso e existentes os demais pressupostos legais supramencionados.

A terceira hipótese autorizadora da prisão preventiva diz respeito aos crimes ocorridos no âmbito da violência doméstica ou familiar (contra mulher, criança, adolescente, idoso,

⁵³ LOPES JR., op. cit., p. 122 – 124.

⁵⁴ Súmula 723 do STF: Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.

⁵⁵ Súmula 243 do STJ: O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

⁵⁶ SANGUINÉ, op. cit., p. 148.

⁵⁷ LOPES JR., op. cit., p. 126.

⁵⁸ NUCCI, op. cit., p. 376.

⁵⁹ SANGUINÉ, op. cit., p. 148.

enfermo ou pessoa com deficiência), e tem o objetivo de garantir a execução de medidas protetivas de urgência. Segundo Nucci⁶⁰, em razão dessa função garantidora, a prisão preventiva nesses casos não poderia ser mantida durante toda a instrução criminal, devendo tal medida ser aplicada com cautela apenas para se fazer valer as outras medidas anteriormente decretadas, até porque muitos dos crimes mais recorrentes nestas situações possuem pena máxima em abstrato inferior a quatro anos, como é o caso da lesão corporal ou da ameaça. Neste ponto, a exceção à proporcionalidade desta hipótese autorizadora (que permite a prisão preventiva até para aqueles imputados por crimes cuja pena máxima seja inferior a quatro anos) se encontra no grande perigo de dano e na necessidade de impedir que o suposto agressor lese bens jurídicos de vítimas presumidamente mais vulneráveis, elencadas no dispositivo em análise.⁶¹

Por fim, a última circunstância legitimadora da prisão preventiva trata das situações em que há dúvida quanto à identidade civil do sujeito, que, se identificado, deve ser posto em liberdade caso não esteja presente nenhuma outra hipótese permissiva da cautelar. De qualquer forma, a prisão preventiva nestes casos somente poderá ser decretada se presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, este último não podendo ser reduzido apenas à falta de identificação.⁶² Na lição de Sanguiné⁶³, “a prisão para identificação é efêmera, devendo durar apenas o tempo necessário para esclarecer-se tal dúvida”, não devendo ultrapassar o prazo de 24 horas, tempo suficiente para a identificação criminal. Ademais, o referido autor acrescenta que essa modalidade de prisão não viola o princípio do *nemo tenetur se detegere*, posto que, segundo jurisprudência consolidada do STF, a utilização de identidade falsa (ou a ocultação da verdadeira) a fim de mascarar antecedentes criminais é figura típica e, portanto, não está resguardada pela garantia constitucional da autodefesa.

Para além destas legitimadoras o diploma processual penal apresenta circunstâncias impeditivas da prisão preventiva no § 2º do seu artigo 313 e no *caput* do seu art. 314:

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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos

⁶⁰ NUCCI, op. cit., p. 376.

⁶¹ SANGUINÉ, op. cit., p. 345.

⁶² LOPES JR., op. cit., p. 128 – 129.

⁶³ SANGUINÉ, op. cit., p. 151.

incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

O primeiro dispositivo veio como um reforço normativo do princípio da excepcionalidade da prisão preventiva; em uma leitura mais atenta da lei fica claro que a intenção do legislador foi intensificar a necessidade da presença de ambos os pressupostos (*fumus commissi delicti e periculum libertatis*) em conjunto para a decretação da cautelar, e não apenas do primeiro. Frisa-se, neste ponto, que o perigo no estado de liberdade do sujeito nunca pode ser presumido, enquanto a presença de uma investigação criminal ou ação penal contra este, apenas suscita a fumaça na existência do delito, circunstância que, isolada, não é capaz de ensejar a medida extrema.⁶⁴

O segundo comando supracitado proíbe a decretação da prisão preventiva nas hipóteses de exclusão da ilicitude elencadas no artigo 23 do Código Penal⁶⁵, quais sejam: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal ou o exercício regular de direito. Ressalta-se não ser necessária a existência de prova plena destas excludentes, pois, da mesma forma que indícios são suficientes para a decretação da preventiva, para a sua proibição não poderia ser diferente. Nucci⁶⁶ acrescenta que, por analogia, a norma também pode abarcar as excludentes de culpabilidade, pois também são causas de exclusão do crime, não podendo se falar em *fumus commissi delicti* ou *periculum libertatis* de alguém que, por exemplo, agiu sob coação moral irresistível; paralelamente, Sanguiné⁶⁷ ainda estende esse entendimento às excludentes de punibilidade, como a prescrição (inclusive a antecipada ou virtual).

Outrossim, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional preveem diversas hipóteses de imunidades às prisões cautelares, sejam imunidades absolutas, sejam relativas. Cita-se, em primeiro, a imunidade absoluta à prisão preventiva do Presidente da República no tocante a infrações penais comuns (art. 86, § 3º, da CF/88). Ainda, os Membros do Congresso Nacional, desde a expedição do diploma, também não poderão ser presos, salvo em flagrante delito por crime inafiançável, situação em que os autos da prisão em flagrante deverão ser remetidos no prazo de 24 horas à respectiva Casa de que o parlamentar faça parte, para que, pelo voto da maioria de seus membros, seja decidida sobre a manutenção ou não do seu cárcere

⁶⁴ LOPES JR., op. cit., p. 131.

⁶⁵ BRASIL, 1940, Código Penal. Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - em estado de necessidade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) II - em legítima defesa; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (Vide ADPF 779) III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁶⁶ NUCCI, op. cit., p. 377.

⁶⁷ SANGUINÉ, op. cit., p. 153.

(art. 53, § 2º, da CF/88). Agentes diplomáticos estrangeiros e seus familiares, de sua vez, possuem imunidade diplomática absoluta para não serem detidos preventivamente, os quais só responderão penalmente perante o Estado acreditante (Convenção de Viena de 1961, promulgada pelo Decreto n. 56.435/1965); agentes consulares, contudo, possuem imunidade relativa, restrita apenas aos crimes cometidos no exercício das suas funções (Convenção de Viena de 1963, promulgada pelo Decreto n. 61.078/1967). Magistrados e Membros do Ministério Público também possuem imunidade à prisão preventiva, à exceção de crimes inafiançáveis ou de ordem escrita e fundamentada do Órgão Especial do tribunal competente (Leis Complementares nº 35/1979 e 75/1993). Advogados, quando no exercício das suas funções, paralelamente também só podem ser presos em flagrante delito por crime inafiançável (art. 7º, § 3º, do Estatuto da OAB). Menores de 18 anos (inimputáveis) só poderão ter sua liberdade tolhida de maneira cautelar, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando flagrados na prática de ato infracional (art. 106 da Lei nº 8.069/1990). Nos crimes de trânsito com vítimas, o condutor do veículo que preste pronto e integral socorro àquela também terá sua liberdade resguardada (art. 301 do Código de Trânsito Brasileiro). O imputado pela posse, semeio ou cultivo de drogas para consumo pessoal também não poderá ser preso em flagrante, sendo apenas imediatamente encaminhado ao juízo competente, ou, caso isso não seja possível, assumindo o compromisso de a ele comparecer (art. 48, §§ 1º e 2º da Lei nº 11.343/2006). Por fim, há também a imunidade eleitoral temporária disposta no artigo 236, *caput*, e § 1º, do Código Eleitoral, abrangendo eleitores (salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto) e membros das mesas receptoras e fiscais de partido durante o exercício das suas funções, bem como candidatos (salvo em flagrante delito).⁶⁸

Agora, o penúltimo dispositivo do capítulo sobre a prisão preventiva no diploma processual penal brasileiro, a seu turno, reforça a exigência de fundamentação das decisões judiciais (dever este já expresso na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 93, inciso IX⁶⁹, bem como no Código de Processo Penal, em seu art. 564, inciso V⁷⁰), reforça, ainda, a

⁶⁸ Ibid. p. 156 – 158.

⁶⁹ BRASIL, 1988, Constituição Federal. Art. 93, inciso IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁷⁰ Código de Processo Penal, BRASIL, 1941, Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: V - em decorrência de decisão carente de fundamentação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

necessidade de concretude e contemporaneidade dos fatos, bem como elenca uma série de situações que não são consideradas como fundamentação suficiente para a decretação da medida extrema. Assim dispõe o artigo 315 do CPP:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

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

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Temos, portanto, que a mera reprodução de termos normativos ou conceitos jurídicos indeterminados, como “para a garantia da ordem pública” ou “em face da presença de prova da materialidade e de indícios suficientes de autoria”, sem elencar, no caso concreto, elementos que se coadunam a esses termos, não é fundamentação idônea para o decreto da prisão preventiva, que, se realizado mesmo assim, é passível de nulidade de acordo com o mandamento constitucional anteriormente mencionado. No mesmo sentido, sempre será necessário justificar a compatibilidade (ou não) de enunciados de súmula com o caso concreto em análise.

Neste ponto, Sanguiné⁷¹ reitera a natureza de direito fundamental na qual a motivação das decisões está inserida, afirmando que as decisões envolvendo o instituto da prisão preventiva e que, portanto, afetam direitos constitucionais fundamentais (como o de liberdade),

⁷¹ SANGUINÉ, op. cit. p. 431.

“devem ser motivadas porque a ausência de motivação impossibilita a ampla defesa e, por sua vez, veda ao imputado o acesso a uma tutela judicial efetiva”.

Dessarte, para além da motivação genérica ou abstrata, o referido autor elenca outras espécies de motivação inadmissíveis, quais sejam: (i) a fundada em textos legais impeditivos de liberdade provisória; (ii) a fundada em argumentos *extra legem*; (iii) a fundada na gravidade abstrata ou na hediondez do crime; (iv) a motivação implícita; e (v) a motivação *per relationem*.

A primeira espécie de motivação inadmitida diz respeito aos decretos prisionais automáticos e sem a devida fundamentação calcada nos pressupostos da prisão preventiva, ou seja, mesmo que o dispositivo legal vede a liberdade provisória em determinadas situações, ainda será necessária a fundamentação do órgão jurisdicional quanto ao *fumus commissi delicti* e ao *periculum libertatis* do agente para que a prisão cautelar seja válida. Ainda, impossível qualquer decreto cautelar com fundamentação carente de base legal, restringindo-se a, por exemplo, citar a gravidade abstrata ou natureza do crime, razões insuficientes quando não apoiadas nos demais requisitos dos artigos 312 e 313 do CPP. A motivação implícita, de sua vez, é considerada inadmissível por Sanguiné em razão de não atender mandamentos constitucionais, ao passo que “o juiz não explicita seu raciocínio e suas opções valorativas para rejeitar o argumento da parte, violando o direito ao contraditório”; e, de maneira semelhante, a motivação por remissão (ou *per relationem*) vai de encontro a estes mesmos defeitos, ao passo que o magistrado apenas reproduz o texto de outro ato processual, fazendo mera remissão a este, o que não supre a falta de argumentação do magistrado, que é imprescindível.⁷²

Outrossim, nos casos de coautoria ou participação, deve o juiz sempre individualizar sua fundamentação para cada um dos sujeitos a fim de não cair na nulidade de ‘invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão’, ou seja, uma fundamentação geral, envolvendo todos os agentes, sem individualizar suas condutas e respectivos *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, não estando de acordo com o referido mandamento legislativo.⁷³

Paralelamente, esta é a lição de Sanguiné⁷⁴:

A motivação individualizada é indispensável para controlar eventual violação do princípio constitucional da igualdade, isto é, se a concessão de liberdade provisória a coacusado foi concedida por motivos de ordem pessoal, não extensível. Essa regra tanto vale para a decretação como para a concessão de liberdade provisória.

⁷² Ibid., p. 452 – 456.

⁷³ LOPES JR., op. cit., p. 134.

⁷⁴ SANGUINÉ, op. cit. p. 451.

Por fim, a última disposição normativa⁷⁵ do capítulo sobre a prisão preventiva do Código de Processo Penal brasileiro trata das alterações fáticas que podem levar o juiz a proferir nova decisão no bojo da prisão preventiva. Ainda, das modificações trazidas pela Lei nº 13.964/2019, sobreveio a determinação de magistrado revisar periodicamente a situação daquele que se encontra preventivamente encarcerado, norma esta que pode ter sido esvaziada em razão da interpretação dada a ela pelo Supremo Tribunal Federal, como veremos a seguir.

O *caput* do artigo 316 do CPP permite ao juiz, mesmo tendo anteriormente decretado a prisão preventiva do agente, conceder-lhe a liberdade caso ocorram mudanças fáticas a ponto de não mais subsistirem os motivos que o levaram a decidir pela prisão cautelar; paralelamente, também permite a decretação da medida extrema daquele que anteriormente teve tal requisição negada quando essas alterações ensejarem a presença do *periculum libertatis* (considerando que o *fumus commissi delicti* já está presente desde a instauração da ação penal). Quanto a este ponto, doutrina e jurisprudência são pacíficos.

A controvérsia, contudo, permeia o parágrafo único do artigo em análise, eis que este dispositivo determina a revisão periódica da prisão preventiva decretada, a cada noventa dias, pelo órgão emissor da decisão – o juiz. Seguindo a letra da lei, a revisão periódica da prisão preventiva é uma obrigação do magistrado, que deverá realizá-la de ofício, sob pena de tornar – automaticamente – a prisão ilegal.

Ocorre que o STF já se posicionou sobre a interpretação desta norma nas ADI 6.581 e 6.582⁷⁶; nos termos do voto do Min. Alexandre de Moraes, Redator para o Acórdão:

(i) a inobservância da reavaliação prevista no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal (CPP), com a redação dada pela Lei 13.964/2019, após o prazo legal de 90 (noventa) dias, não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos; (ii) o art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal aplica-se até o final dos processos de conhecimento, onde há o encerramento da cognição plena pelo Tribunal de segundo grau, não se aplicando às prisões cautelares decorrentes de sentença condenatória de segunda instância ainda não transitada em julgado; (iii) o artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal aplica-se, igualmente, nos processos onde houver previsão de prerrogativa de foro.

⁷⁵ BRASIL, 1941, Código de Processo Penal. Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) Parágrafo único. 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Vide ADI 6581) (Vide ADI 6582)

⁷⁶ Disponíveis em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6027154> e <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6027729>; ambos com acesso em 22-01-2023, às 18h.

Assim, ao arrepio do princípio da legalidade e da vedação da interpretação extensiva às normas penais *in malam partem*, a suprema corte nacional transformou um dever de ofício do magistrado em um ato passivo, à espera de uma provocação; esvaziou o sentido da norma ao retirar a penalidade da falta dessa manifestação revisional; bem como restringiu a necessidade de se revisar a cautelar apenas ao juízo de primeiro grau – desconsiderando os excessos de prazo existentes nos Tribunais.⁷⁷

Outrossim, encaminhando-se ao final desta primeira análise do instituto da prisão preventiva, nos importa analisar alguns casos especiais de decretação da cautelar extrema, quais sejam: a prisão preventiva decorrente de sentença condenatória recorrível e de sentença de pronúncia, bem como a (im)possibilidade de execução antecipada da pena após a decisão do tribunal do júri.

Quanto à possibilidade de decretação da prisão preventiva no caso de sentença condenatória recorrível e de sentença pronúncia do acusado, o diploma processual penal é claro no sentido de que, para que seja possível tal medida, será igualmente necessária a presença dos pressupostos e requisitos já apresentados, em especial os do artigo 312 do CPP. Dessa forma, tais sentenças passam a ser apenas um novo momento de análise – obrigatório – para se decidir quanto à necessidade da medida extrema. Assim, dispõem, de maneira muito semelhante, os artigos 387, § 1º, e 413, § 3º, ambos do CPP:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008)

(...)

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012)

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

(...)

§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

Em ambos os casos é possível considerar de maneira incontestada um rígido *fumus commissi delicti*, posto que as sentenças são revestidas pela análise da autoria e materialidade;

⁷⁷ LOPES JR., op. cit., p. 137 – 139.

contudo, o *periculum libertatis* ainda há de ser demonstrado, eis que este fundamento não pode ser presumido pela condenação recorrível ou pela pronúncia. A lógica, reafirmada pelo STF⁷⁸ em 2019 quando proibiu a prisão após condenação em segunda instância sem trânsito em julgado, é de que prevalece a presunção de inocência dos acusados até que não se possa mais interpor recursos, e, portanto, a privação de liberdade só será permitida de maneira cautelar (quando presentes os seus pressupostos e requisitos), nunca como antecipação da execução da pena.

Esta, inclusive, é a lição de Sanguiné⁷⁹:

Em suma, diante do princípio da presunção de inocência, é inconstitucional a execução provisória de pena. A privação da liberdade antecipada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, tanto na hipótese de acusado preso como quando responde ao processo em liberdade, doravante não pode mais ser “automática”, somente legitimando-se em face da Constituição Federal quando verificados os requisitos cautelares do *fumus commissi delicti* (este já resultante necessariamente da condenação) e do *periculum libertatis* (que exige nova apreciação concreta nessa decisão) previstos no art. 312, do CPP.

Entretantes, em sentido diametralmente oposto, o diploma processual penal permitiu a execução antecipada da pena nos casos de condenação pelo Tribunal do Júri à pena superior a quinze anos de reclusão (artigo 492, inciso I, alínea ‘e’, do CPP). Inclusive, referido dispositivo restou, pelo menos até o presente momento, validado pela Suprema Corte⁸⁰. Neste ponto, Aury⁸¹ traz uma série de críticas à redação da norma e ao julgado do STF sobre a questão, elencando, principalmente, a inconstitucionalidade da norma frente à presunção constitucional de inocência, e a contradição do Supremo no ponto em que proíbe a execução antecipada da pena após decisão de segundo grau ainda recorrível, mas permite tal execução após sentença do Tribunal do Júri, de primeira instância e igualmente recorrível. O autor ainda salienta que a presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da CF/88) sempre prevalecerá sobre a soberania dos veredictos (artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea ‘c’, da CF/88), eis que este último “é um atributo que não serve como legitimador da prisão, mas sim como garantia de independência dos jurados”. Nesta linha de raciocínio, a prisão após condenação pelo Tribunal do Júri ainda passível de recurso, e mesmo que com pena superior a quinze anos de reclusão, deveria seguir

⁷⁸ Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal (Art. 283 do CPP) que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena, tudo nos termos do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, que foram julgadas procedentes.

⁷⁹ SANGUINÉ, op. cit. p. 236.

⁸⁰ Atualmente, a discussão envolvendo a constitucionalidade da execução antecipada da pena superior a quinze anos em condenações do Tribunal do Júri está pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida sob o Tema nº 1.068.

⁸¹ LOPES JR., op. cit., p. 165 - 175.

a mesma instrução da condenação pendente de trânsito em julgado e da sentença de pronúncia, em que só é permitida a prisão sob o aspecto cautelar, quando presentes os requisitos e pressupostos da preventiva, e nunca sob o aspecto da execução antecipada da pena, modalidade constitucionalmente vedada.

Ademais, importa-nos fazer um breve comentário sobre os meios de se recorrer da decisão que decreta a prisão preventiva; nestes casos não há recurso a ser interposto, o que é cabível é o remédio constitucional do *Habeas Corpus*⁸², que busca caçar decisões que importem em prisões ilegais – como as decretadas por fundamento ilegítimo ou insuficiente, ou ainda, nos casos de excesso de prazo (lembrando que um dos princípios regentes das cautelares é a provisoriedade). Enquanto da decisão que denega o pedido de prisão preventiva ou da que a revoga, o diploma processual penal receita o recurso em sentido estrito (artigo 581, inciso V, do CPP).

Outra indicação legislativa pertinente de ser comentada se refere à possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar, tipo especial de prisão preventiva destinado a pessoas em condições específicas elencadas pela Lei, consistente “no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial” (artigo 317 do CPP). Segue o CPP sobre as condições da prisão domiciliar:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Ainda, em razão da natureza cautelar da prisão domiciliar, esta não é de aplicação automática para todos que se enquadrem nas suas hipóteses, “pois, além de preencher algum

⁸² BRASIL, 1988, Constituição Federal. Artigo 5º, inciso LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

requisito do art. 318 do CPP, no juízo de adequação, o magistrado deverá aferir se constitui uma medida adequada para neutralizar o *periculum libertatis* no caso concreto.”⁸³

O diploma processual penal ainda deixa claro na sua redação que será exigida prova idônea destes requisitos subjetivos agora elencados para que o juiz aplique a substituição; também prevê que, nas situações elencadas nos incisos III, IV, V e VI, para que seja possível a substituição, o crime não pode ter sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, nem contra seu filho ou dependente. Ademais, a prisão domiciliar ainda pode ser aplicada concomitantemente com outras medidas cautelares alternativas à prisão (elencadas no artigo 319 do CPP).

Por fim, nos cabe ainda fazer breve menção a outras duas espécies de segregação cautelar, quais sejam a prisão preventiva extradicional e a do falido. A prisão cautelar para fins extradicionais possui função instrumental de assegurar a execução de eventual extradição, e, originalmente não permitia a concessão da liberdade provisória ou da prisão domiciliar, salvo em casos excepcionais. Contudo, o entendimento do Supremo Tribunal Federal tem se alterado para o sentido de que esta modalidade de segregação cautelar também deve se adequar ao princípio da proporcionalidade e aos requisitos do artigo 312 do CPP, bem como, em razão da sua natureza instrumental, deve obedecer ao prazo máximo de 90 dias para que o Estado estrangeiro requerente formalize o pedido extradicional, contados a partir da sua ciência da prisão do extraditando, que deverá ser posto em liberdade caso esse prazo seja extrapolado. Já a prisão preventiva do falido, segundo a Lei de Falência (Lei nº 11.101/2005), pode ser decretada por sentença civil fundamentada em provas de que o devedor que cometeu crime definido na referida legislação especial; contudo, como a Constituição Federal não admite essa espécie de prisão civil por dívida, a prisão preventiva do falido só pode ser decretada por um juízo criminal, respeitando todos os requisitos da prisão preventiva elencados no CPP, e utilizando a sentença civil declaratória da falência do devedor como condição subjetiva de punibilidade e pressuposto da segregação cautelar.⁸⁴

Agora, diante de todo o exposto sobre o instituto da prisão preventiva, podemos sintetizar alguns de seus pontos principais, e que serão peças-chave nas fundamentações acerca da aplicabilidade desta medida cautelar no contexto da pandemia de covid-19 – objeto maior desse estudo. Primeiramente, destaca-se o princípio da excepcionalidade, que define a prisão

⁸³ SANGUINÉ, op. cit. p. 174.

⁸⁴ Ibid., p. 179 – 181.

preventiva como *ultima ratio*, devendo-se sempre dar preferência a outras medidas cautelares que não o cárcere. Ainda, é preciso fixar a característica provisional da prisão preventiva, que é sempre referente a uma situação concreta, específica e atual, devendo ser reiteradamente reanalisada a fim de verificar se persistem hígidos os elementos que anteriormente a justificaram (primordialmente o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*). Por fim, a proporcionalidade necessitará de uma atenção especial, pois é a partir da análise deste princípio que será constatada a real necessidade dessa medida cautelar extrema, bem como se ela persistirá como meio razoável para atingir o resultado pretendido ainda que com o novo contexto fático de calamidade pública, o qual torna a segregação cautelar ainda mais excepcional e danosa.

A INFLUÊNCIA DA PANDEMIA DE COVID-19 NA APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA E O DECLARADO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A partir de 11 de março de 2020 foi decretada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) que a propagação do novo coronavírus ao redor do mundo já havia atingido o *status* de pandemia.⁸⁵ Desde então governos foram dando início a diversos programas de combate à covid-19 nos seus respectivos territórios, principalmente medidas de isolamento social a fim de conter o avanço da disseminação do vírus.

No Brasil, da mesma forma, os governos estaduais e municipais, principalmente, tomaram medidas de enfrentamento à pandemia, desde a obrigatoriedade do uso de máscaras em locais públicos até o fechamento do comércio. Entrementes, dos pontos de debate mais críticos em torno das consequências trazidas pela covid-19, a situação do sistema prisional nacional foi alvo de muita atenção, ainda mais no que concerne aqueles que estão privados de sua liberdade de maneira cautelar, sem sentença condenatória transitada em julgado.

Neste âmbito, o Superior Tribunal de Justiça, em 17 de março de 2020, foi o primeiro a se pronunciar ao substituir a prisão preventiva do ex-secretário de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro, acusado por corrupção e lavagem de dinheiro, por medidas cautelares diversas do cárcere. Os argumentos apresentados no *Habeas Corpus* nº 565.799/RJ⁸⁶ permeiam a presunção de inocência em conjunto com a excepcionalidade da prisão preventiva, ponto este que fica ainda mais evidente diante da pandemia de coronavírus; o relator ainda ressaltou a idade avançada do paciente (72 anos), o fato deste não exercer mais influência no governo estadual por não estar mais no cargo de secretário, bem como condições pessoais favoráveis e o fato de os crimes contra ele imputados não terem sido cometidos com violência ou grave ameaça (condições estas que enfraquecem a densidade do *periculum libertatis* do paciente). No caso, o contexto de calamidade pública foi utilizado pelo relator para superar a Súmula 691 do

⁸⁵ Disponível em: <https://www.paho.org/pt/news/11-3-2020-who-characterizes-covid-19-pandemic#:~:text=11%20de%20mar%C3%A7o%20de%202020,agora%20caracterizada%20como%20uma%20pandemia>; acesso em 26-02-2023, às 12h.

⁸⁶ HC n. 565.799/RJ, relator Ministro Rogerio Schiatti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/5/2020, DJe de 27/5/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000614400&dt_publicacao=27/05/2020; acesso em 29-01-2023, às 18:30.

STF⁸⁷ em casos excepcionais, quando a ilegalidade do ato coator é inquestionável e perceptível de plano, nas palavras do Ministro Rogério Schietti Cruz:

Ainda que, em casos complexos, o recomendável seja o prestígio às competências constitucionais, deve-se fortalecer sobremaneira o princípio da não culpabilidade e eleger, com primazia, medidas alternativas à prisão processual, como o propósito de não agravar ainda mais a precariedade do sistema penitenciário e evitar o alastramento da doença nas prisões. A custódia *ante tempus* é o último recurso a ser utilizado neste momento de adversidade, com notícia de suspensão de visitas e isolamentos de internos, de forma a preservar a saúde de todos.

Outrossim, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tomou as rédeas do problema, publicando, no mesmo dia, a Recomendação nº 62/2020⁸⁸, a qual “recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.” A recomendação considerou, principalmente, a condição das pessoas consideradas como grupos de risco para a infecção pelo vírus⁸⁹, o estado de insalubridade dos estabelecimentos prisionais, bem como a superlotação dessas instituições, o que, inclusive, já havia motivado o reconhecimento pelo STF, ainda em 2015, do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro, declaração realizada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347⁹⁰. Neste sentido, argumentou-se que esse estado de coisas inconstitucional se agravou com a pandemia de covid-19.

Dentre as resoluções trazidas pelo CNJ, importa-nos neste estudo aquela concernente às prisões provisórias, qual seja, o seu artigo 4º, que assim dispõe:

Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se:

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;

b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que

⁸⁷ Súmula 691 do STF: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

⁸⁸ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>; acesso em 29-01-2023, às 15h.

⁸⁹ Segundo a própria recomendação nº 62/2020, são considerados como pertencentes ao grupo de risco: pessoas idosas, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfeções.

⁹⁰ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>; acesso em 29-01-2023, às 17h.

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.

Foi então, a partir dessa recomendação do CNJ, que se instauraram no meio jurídico brasileiro diversas discussões sobre a necessidade de se revogar prisões preventivas já decretadas, evitar novos decretos, além da dúvida sobre a suposta obrigatoriedade de os magistrados seguirem tais disposições.

Tribunais se dividiram entre aqueles mais favoráveis à flexibilização da prisão preventiva, e aqueles mais rígidos em relação à necessidade da manutenção da cautelar extrema. Ainda, poderiam existir divergências entre os próprios órgãos judiciais internos desses tribunais.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, neste sentido, se mostrou mais pendente a conceder a liberdade provisória àqueles encarcerados cautelarmente que se enquadrassem no grupo de risco para a covid-19, seguindo à risca a recomendação do Conselho Nacional de Justiça independentemente da gravidade concreta do delito – o que, frisa-se, não ocorreu de forma unânime.

Na referida decisão – Acórdão nº 1234952⁹¹ – a 3ª Turma Criminal do TJDFT concedeu, por maioria, ordem de *Habeas Corpus* para determinar a liberdade provisória de réu acusado pelo crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, § 1º, do Código Penal). O Desembargador Relator Jesuino Rissato, favorável à concessão da ordem, considerou que o paciente se enquadrava no grupo de risco da covid-19 por ser portador de diabetes, cardiopatia e hipertensão, frisou que o acusado é primário, bem como entendeu que, em razão do trabalho lícito e residência fixa deste, outras medidas cautelares já seriam suficientes para a garantia da ordem pública. Em contrapartida, o Desembargador Sebastião Coelho divergiu do relator, principalmente, diante da gravidade do delito (crime sexual ocorrido dentro de hospital contra vítima inconsciente – em coma – por funcionário da casa hospitalar); mencionou o vogal divergente que, apesar da primariedade do acusado, existem depoimentos nos autos dando conta

⁹¹ Acórdão 1243952, 07076586720208070000, Relator: JESUINO RISSATO, 3ª Turma Criminal, data de julgamento: 16/4/2020, publicado no DJE: 4/5/2020.

de que o paciente já havia praticado outros delitos da mesma espécie, configurando, portanto, a necessidade de se resguardar a ordem pública; ainda, quanto aos pontos concernentes à pandemia, entendeu o magistrado de segundo grau que os próprios estabelecimentos prisionais já estavam tomando as medidas necessárias para se conter o avanço do vírus dentro da cárcere, bem como que, por se tratar de uma pandemia, todos estariam sujeitos a se contaminar, tanto presos quanto libertos, entendendo, portanto, não existirem motivos para a concessão da ordem – o que, contudo, restou como voto vencido.

Em comparação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem demonstrando um posicionamento em que os pressupostos da prisão preventiva elencados no art. 312 do CPP preponderam sobre as alegações de risco à saúde dos presos em virtude da pandemia, inclusive quando estes são pertencentes a grupo de risco. O tribunal gaúcho segue o entendimento de que as casas prisionais possuem atendimento médico capaz de lidar com a situação de crise sanitária, e que, mesmo que concedida a liberdade provisória, o liberto ainda estaria passível de contaminação – e, portanto, não prevaleceria a necessidade de resguardo da saúde do preso quando presente a necessidade de resguardo de toda a sociedade. A título de exemplo, este é o teor de decisão da quinta câmara criminal do TJRS:

A Recomendação nº 62 do CNJ, trata-se de uma orientação aos Tribunais e magistrados quanto à adoção de medidas preventivas à propagação da Covid 19, não sendo obrigatória a soltura de todos os presos que se enquadrem nas situações elencadas, devendo-se analisar a situação em concreto. No que se refere à alegação de doença pré-existente – Asma, como causa de liberdade provisória em face do coronavírus, por estar o paciente em grupo de risco, também deve ser sopesado e decidido em favor da ordem pública, visto que o tratamento adequado também pode e deve ser ministrado dentro do sistema prisional. É inviável a flexibilização em medidas cautelares diversas à prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, por não serem suficientes frente ao caso concreto para resguardo da ordem pública. Portanto, inexistente constrangimento ilegal.⁹²

O Superior Tribunal de Justiça, de sua vez, tomou parte da posição que considera necessária a adoção de medidas cautelares diversas da prisão em razão da pandemia de covid-19, principalmente quanto aqueles encarcerados pertencentes ao grupo de risco da patologia. No Recurso em *Habeas Corpus* nº 122966-CE⁹³, o tribunal superior entendeu ser imperiosa a concessão da liberdade provisória à paciente idosa que já estava, do período da sua custódia

⁹² Habeas Corpus Criminal, Nº 70085269553, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Volnei dos Santos Coelho, Julgado em: 20-08-2021.

⁹³ Recurso em Habeas Corpus nº 122966-CE, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Julgado em: 20-03-2020.

preventiva, há mais de um mês internado em manicômio judiciário, ainda que os delitos a ele imputados fossem graves (homicídio duplamente qualificado e constrangimento ilegal).

Entrementes, o STJ deixou claro que a concessão da liberdade provisória aos presos provisórios pertencentes a grupo de risco só é possível diante da análise individualizada do caso concreto, não sendo, portanto, a Recomendação nº 62 do CNJ aplicável de forma automática a todos aqueles que se enquadrem nas suas hipóteses.⁹⁴

Ressalva-se que, neste momento, não nos cabe realizar exaustiva pesquisa jurisprudencial apresentando como cada tribunal tem se posicionado em matéria de prisão preventiva no contexto da pandemia de covid-19. O que importa para o presente trabalho é demonstrar a existência de diferentes posicionamentos existentes no judiciário nacional, para, na sequência, investigar se o Supremo Tribunal Federal adotou alguma posição específica, e se esta restou pacífica entre os seus membros.

Temos, em síntese, a presença de duas correntes jurisprudenciais sobre o assunto: (i) uma mais relativista, que considera preponderante a tutela da saúde da sociedade – o que inclui os presos provisórios – ao passo que entende o encarceramento cautelar (principalmente dos pertencentes a um grupo de risco) como um propulsor de sérios riscos à saúde do preso (e da coletividade), por conseguinte, seguindo de maneira mais objetiva a recomendação do CNJ e concedendo a liberdade provisória com menos óbices; e (ii) outra corrente, mais garantista, entendendo que prepondera sobre o contexto da pandemia os pressupostos da prisão preventiva, em especial os do artigo 312 do CPP, nesse sentido, a situação de calamidade pública pouco afeta as decisões concernentes à prisão preventiva quando, por exemplo, o custodiado demonstrar que sua liberdade acarretaria graves riscos à ordem pública.

Ademais, antes de adentrar na análise individualizada das decisões de cada um dos ministros da Suprema Corte acerca da aplicabilidade da prisão preventiva no contexto da pandemia de covid-19, importa-nos entender com um pouco mais de profundidade o posicionamento desta Corte Constitucional no tocante à insalubridade (e inconstitucionalidade) do Sistema Penitenciário Nacional, ponto crítico quando das decisões envolvendo a segregação cautelar nestas circunstâncias de crise sanitária. Como já mencionado anteriormente neste capítulo, este tema foi objeto de discussão perante o STF na ADPF 347, que declarou que os

⁹⁴ Habeas Corpus Coletivo nº 596189-DF, Sexta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. Sebastião Reis Júnior, Julgado em 23-02-2021.

presídios brasileiros se encontram, de uma forma geral, em um “estado de coisas inconstitucional” justamente em razão das suas condições sanitárias e estruturais.

Neste ponto, um dos argumentos apresentados pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), requerente nesta ação constitucional, foi justamente a existência de uma ‘cultura do encarceramento’, sustentando que a superlotação dos presídios se deve, em muito, ao encarceramento provisório massivo (que à época deste julgado chegava a 41% da população carcerária do país), destacando, ainda, a inexistência de separação entre os presos cautelares e os definitivos.

Em concordância com as manifestações do requerente, o Ministro Relator, Marco Aurélio, aponta a superlotação das casas prisionais como a “mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário”, pois acarreta no aumento da insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes e degradação da pessoa humana encarcerada nestas condições. Ainda, ocasiona a falta de alimentação adequada e a escassez de produtos de higiene pessoal e de medicamentos suficientes para todos os detentos, o que agrava ainda mais o estado insalubre dos presídios brasileiros. Neste sentido, é o voto do Ministro Relator:

Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as “masmorras medievais”.

De maneira complementar, alertou o Ministro Celso de Mello em seu voto – que, em que pese tenha se referido apenas aos presos definitivos, seu conteúdo é integralmente aplicável também aos presos provisórios:

O sentenciado, ao ingressar no sistema prisional, sofre uma punição que a própria Constituição da República proíbe e repudia, pois a omissão estatal na adoção de providências que viabilizem a justa execução da pena cria situações anômalas e lesivas à integridade de direitos fundamentais do condenado, culminando por subtrair ao apenado o direito – de que não pode ser despojado – ao tratamento digno.

Diante destas considerações, e buscando conter o aumento da população carcerária provisória, o Ministro Relator Marco Aurélio deferiu em parte a medida liminar requerida, determinando (a) que os juízes e tribunais fundamentem de forma expressa o porquê de não aplicarem medidas cautelares alternativas à prisão; (b) a obrigatoriedade das audiências de custódia serem realizadas no prazo máximo de 90 dias, mas também de apresentação do preso

à autoridade judiciária dentro de 24 horas da sua captura; e (c) que os juízes e tribunais levem em consideração, e de forma devidamente fundamentada, ‘o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais’.

Entretantes, apesar de concordarem com as considerações do Ministro Relator acerca da insalubridade das casas prisionais, os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Rosa Weber deixaram de conceder a liminar no tocante aos supracitados pontos (a) e (c) principalmente por entenderem que tais deveres de fundamentação já se encontram calcados na Lei Maior, argumentando ser desnecessária essa imposição sob a forma de medida cautelar vinculante; ao passo que acompanharam o relator no ponto (b). O Ministro Teori Zavascki, de maneira semelhante, deferiu apenas a obrigatoriedade das audiências de custódia, sem, contudo, estabelecer um prazo máximo para a sua realização, apenas determinando que estas ocorressem o mais breve possível. Acompanhando esta divergência lançada pelo Ministro Edson Fachin, O Ministro Gilmar Mendes acrescentou a proposta de se oficializar a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) para protagonizar a erradicação da ‘cultura do encarceramento’ a partir de treinamentos e programas de conscientização encabeçados por esta escola.

Já acompanhando integralmente o voto do Ministro Relator, o Ministro Luiz Fux esclareceu que, em que pese o dever de fundamentação já se encontre definido na própria Constituição Federal, a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental visa, justamente, a correção de casos em que não há a devida observância da Carta Magna, sendo, portanto, pertinentes as determinações propostas pelo Ministro Relator Marco Aurélio. No mesmo sentido se manifestou a Ministra Cármen Lúcia.

O Ministro Ricardo Lewandowski, de sua vez, também acompanhou à integralidade o voto do Relator em conjunto das considerações do Ministro Luiz Fux. Ainda, em meio aos apartes ocorridos durante a sessão do pleno, Lewandowski citou doutrinas ainda em discussão a título de *obiter dictum*, suscitando o denominado *numerus clausus*, ou seja, a impossibilidade de se decretar a prisão de alguém quando a respectiva casa prisional a qual este será alocado já excedeu seu limite máximo de ocupação, considerando o encarceramento nestas condições mais gravoso que a própria sentença condenatória.

Ao final, quanto às medidas de contenção do encarceramento provisório em massa, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu pelo deferimento apenas da liminar de determinação da obrigatoriedade da audiência de custódia, nos termos do voto do Ministro

Relator; ou seja, acompanhando a divergência lançada pelo Ministro Edson Fachin, que considerou não ser adequado utilizar a decisão em medida cautelar para reafirmar deveres de fundamentação já impostos pela própria Constituição.

Entrementes, em que pese as divergências quanto a quais medidas liminares seriam deferidas, todos os Ministros elogiaram e acompanharam a *ratio decidendi* brilhantemente redigida pelo Ministro Relator Marco Aurélio quando da sua exposição das inconstitucionalidades que assombram as penitenciárias brasileiras.

Assim, temos que a Suprema Corte, ao declarar que o Sistema Penitenciário Nacional se encontra em um ‘Estado de Coisas Inconstitucional’, reconhece os diversos problemas que assolam as casas prisionais brasileiras, dentre eles destacando a superlotação destes estabelecimentos (em que quase metade dos custodiados lá estão de maneira cautelar), acarretando no agravamento de diversos outros problemas estruturais, sanitários e que comprometem a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, importa-nos estar cientes de tais afirmações da Corte Constitucional a fim de verificar se, a partir da pandemia de covid-19, em que as referidas inconstitucionalidades do sistema penitenciário já registradas se agravaram com a chegada da doença no interior dos presídios, o STF se manteve coerente com as suas preocupações elencadas anteriormente.

Assim, entendido tanto a divergência jurisprudencial quanto aos possíveis posicionamentos acerca da aplicabilidade da prisão preventiva durante a pandemia de covid-19, quanto o reconhecimento do ‘Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Penitenciário Nacional’ pelo STF, prosseguimos, agora, para uma análise das teses adotadas por cada ministro da Suprema Corte brasileira.

O POSICIONAMENTO ADOTADO POR CADA MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19

DO MIN. CELSO DE MELLO (Petição nº 8.637 – Distrito Federal⁹⁵)

O respectivo procedimento se trata de um pedido de revogação da prisão preventiva de três acusados pela suposta prática dos crimes de organização criminosa (artigo 2º, *caput*, c/c o § 4º, inciso II, da Lei nº 12.850/2013) e de corrupção passiva (artigo 317, *caput*, do Código Penal). A denúncia foi oferecida pela Procuradoria Geral da República contra o Prefeito do Município de Uiraúna/PB, João Bosco Nonato Fernandes, bem como contra Israel Nunes de Lima, Severino Batista do Nascimento e outros; sendo os nomes aqui citados as partes requerentes do pedido em análise.

Cumprе ressaltar que os supracitados acusados tiveram suas prisões preventivas decretadas ainda em dezembro de 2019, antes do novo coronavírus ser apresentado ao mundo e do conseqüente estado de pandemia global – enquanto a presente decisão analisada data de maio de 2020.

O pedido de liberdade dos acusados se concentra, por conseguinte, no surgimento de ‘fato novo’ capaz de ensejar a liberdade dos custodiados, qual seja, o estado de calamidade pública causado pela proliferação do vírus da covid-19.

Sustenta a representação do acusado Severino, por primeiro, que o ‘Estado de Coisas Inconstitucional’ do sistema prisional brasileiro, reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal (ADPF 374 já mencionada neste trabalho), representa grave risco aos detentos, tornando os presídios nacionais ambientes propícios para a proliferação do novo vírus. Isso, aliado à Resolução nº 62 do CNJ, embasam o pedido para ser deferida a liberdade provisória do requerente. Argumenta, nesse sentido, que Severino é pertencente ao grupo de risco da doença, pois é hipertenso e possui doença crônica (obesidade mórbida); suas condutas não são eivadas de violência ou grave ameaça; e o requerente possui condições pessoais favoráveis por ser réu primário, e possuir bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita.

A defesa do ex-Prefeito de Uiraúna/PB, João Bosco, da mesma forma, embasou seu pedido nos problemas sanitários que assolam o sistema prisional nos tempos de pandemia, que,

⁹⁵ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5831477>; acesso em 05-02-2023, às 07h30.

em conjunto com a resolução do CNJ, e os fatos de a conduta do acusado não ter sido perpetrada com violência ou grave ameaça, bem como este possuir condições pessoais favoráveis (primariedade, residência fixa e ocupação lícita) seriam suficientes para a concessão da sua liberdade provisória. Argumenta, ainda, que o acusado seria portador de “Transtorno Depressivo recorrente grave sem sintomas psicóticos e com ideação suicida” e que sua esposa estaria sendo impedida de visitá-lo no cárcere em razão das medidas de contenção ao coronavírus, o que estaria privando o requerente do seu direito de assistência familiar e causando agravamento do seu estado clínico. Mencionou, também, flagrante excesso de prazo e necessidade de extensão da condição concedida a outro co-denunciado, o Deputado Federal Wilson Santiago – que não teve prisão cautelar decretada.

Paralelamente, a representação de Israel Nunes de Lima embasou seu pedido na nova situação de pandemia que se instalou, referindo que o acusado faz parte de grupo de risco por ser portador de doença respiratória crônica (asma) – o que, combinado com a resolução nº 62 do CNJ, ensejaria a concessão da sua liberdade provisória. Também menciona o ‘Estado de Coisas Inconstitucional’ do sistema penitenciário brasileiro, referindo que o local em que Israel se encontra custodiado não tem capacidade para lidar com a proliferação da covid-19; neste ponto mencionou que o próprio CNJ realizou inspeção no local em fevereiro de 2020 constatando que a instituição se encontra superlotada e sem o fornecimento suficiente de materiais de limpeza e higiene pessoal para todos os custodiados.

O Parecer do Ministério Público Federal, movimentado pelo Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Henrique Jacques de Medeiros, foi desfavorável à concessão da liberdade provisória a todos os requerentes, principalmente sobre os fundamentos de que a pandemia não enseja a substituição da prisão preventiva em razão de a saúde pública, individual e coletiva, manter-se resguardada justamente pelas medidas de restrição de circulação – o que já ocorre com o cárcere. Também sustentou que a Resolução nº 62 do CNJ não é automaticamente aplicável a cada detento que se enquadre nas suas disposições, exigindo-se análise circunstancial do caso concreto.

Relatado o caso, o Ministro Celso de Mello inicia sua decisão esclarecendo que a faz sob o fundamento do parágrafo único do artigo 316 do CPP – que, conforme já vimos, determina a revisão periódica dos decretos de prisão preventiva. Reforça o julgador, ainda, a excepcionalidade da privação de liberdade cautelar, e a necessidade de estarem presentes de

forma concreta o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* do artigo 312 do mesmo diploma processual.

Levando isso em conta, o ministro decide pela manutenção da prisão preventiva apenas dos requerentes João Bosco Nonato Fernandes e Israel Nunes de Lima.

Quanto ao peticionário João Bosco, ex-prefeito de Uiraúna, Celso de Mello expõe que a medida de sua participação nos delitos restou cristalinamente demonstrada, pois, como chefe do poder executivo municipal, exercia papel fundamental de liderança na empreitada criminosa; ao passo que, inclusive, o requerente chegou a ser flagrado pela Polícia Federal realizando transação em dinheiro vivo com agente colaborador da investigação, momento em que esconde as cédulas dentro das suas roupas íntimas.

O ministro ainda declina o requerimento de Bosco de aplicação do art. 580 do CPP⁹⁶ para estender o benefício dado a outro codenunciado, Deputado Federal, que gozou da sua imunidade parlamentar formal para inviabilizar um decreto de prisão preventiva, benefício este que explicou ser uma prerrogativa constitucional dada aos parlamentares, “inextensível aos demais codenunciados”.

Segue argumentando que o afastamento voluntário do acusado do cargo de Prefeito não afasta a sua periculosidade à ordem pública ou ao embaraço da instrução processual, tudo isso levando em conta o seu inegável poder de influência no Poder Executivo Municipal, bem como suas conexões com o parlamentar codenunciado e sua suposta posição de liderança na organização criminosa ainda investigada. Ressaltou, neste sentido, que “os crimes supostamente cometidos somente foram cessados a partir da ordem de prisão proferida”.

Agora, quanto às alegações da defesa do ex-prefeito de que este deveria ser posto em liberdade em razão da sua suposta condição clínica, o julgador constitucional declarou que tais argumentos não prosperam por falta de laudo oficial para comprovar seu estado de saúde mental – frisando que havia sido agendado para a primeira semana de abril o exame psiquiátrico do custodiado, mas que o respectivo laudo nunca chegou a ser acostado aos autos.

Outrossim, chegando à análise dos argumentos defensivos de todos os requerentes no tocante à pandemia de coronavírus e à suposta necessidade de soltura destes em cumprimento

⁹⁶ 1941, Código de Processo Penal. Artigo 580: No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

ao disposto na Resolução nº 62 do CNJ, o Ministro Celso de Mello explica que tais orientações devem levar em conta a situação particular de cada custodiado e de cada complexo penitenciário; ou seja, é na análise das circunstâncias de cada caso concreto que o julgador originário da causa – e não a Suprema Corte – deve se ater para decidir pela manutenção da cautelar extrema ou pela liberdade do preso, não sendo tais recomendações imposições automáticas a todos que nelas se enquadrem.

A partir desse esclarecimento o ministro salienta que, em 26 de março de 2020, o Diretor da Penitenciária em que os requerentes estão custodiados cautelarmente prestou informações ao tribunal constitucional declarando que a respectiva unidade prisional estava preparada para a prevenção e o tratamento de possíveis casos da doença (que até então não teriam ocorrido dentro da instituição), com protocolos de atendimento e equipe de médicos e enfermeiros disponíveis. Referidas informações foram consideradas suficientes pelo ministro para afastar as alegações do requerente Israel de que o próprio Conselho Nacional de Justiça havia constatado a situação precária do estabelecimento, eis que a inspeção do CNJ ocorreu em fevereiro, tempo anterior ao decreto de pandemia e ao preparo médico instalado no presídio, conforme informado pelo seu Diretor.

Ainda no que se refere ao peticionário Israel Nunes de Lima, Secretário Parlamentar na época dos fatos, o Ministro Celso de Mello considerou a sua liberdade como “um incremento não tolerável no risco de (grave) dano à ordem pública” enfatizando a sua relação de cumplicidade com o codenunciado Deputado Federal Wilson Santiago, acentuado que as investigações demonstram concretamente a atuação do custodiado nas atividades da organização criminosa, especificamente como ‘gestor de negócios alheios’, ao passo que utilizava de empresa na qual possui sociedade com o referido parlamentar acusado como mecanismo de apropriação indevida de recursos públicos, bem como realizava a ocultação de patrimônio milionário supostamente pertencente ao deputado.

Por essas razões o julgador constitucional entendeu ser necessária a manutenção da prisão preventiva apenas dos requerentes João Bosco e Israel, para a garantia da ordem pública, destacando que a liberdade destes ensejaria sério risco de reiteração delitiva e de atuação mais intensa da suposta organização criminosa aparelhada ao Estado.

De outro modo, o ministro entendeu pela concessão da liberdade apenas para o requerente Severino por considerar sua participação nos delitos como de menor importância e sem qualquer poder de decisão ou ingerência dentro da organização criminosa (o liberado era

motorista do ex-prefeito codenunciado), entendendo que o perigo gerado pelo seu estado de liberdade estaria neutralizado pelo fato de João Bosco, seu superior hierárquico, ser mantido sob custódia.

Assim, a partir dos argumentos lançados pelos requerentes e pelo posicionamento adotado pelo Ministro Celso de Mello, percebemos que este se posiciona de maneira mais garantista, pois considera com preponderância os pressupostos e requisitos da prisão preventiva para decidir sobre a liberdade dos custodiados, deixando as alegações atinentes à pandemia de coronavírus como mero reforço argumentativo subsidiário, mas que, isoladas, não possuem o condão de desacreditar a necessidade da medida cautelar extrema.

O julgador constitucional deixou claro na sua decisão que a Recomendação nº 62 do CNJ deve ser interpretada, como seu nome já diz, como mera recomendação, e não como ordem a ser seguida e implementada automaticamente em todos os casos hipoteticamente enquadrados nas suas disposições. Diz, ainda, que a recomendação é direcionada para o julgador originário das ações penais, os quais tem maior proximidade com o quadro pessoal dos custodiados e com as circunstâncias do estabelecimento que os acolhe.

Neste sentido, o ministro demonstra que apenas alegações genéricas de insalubridade das casas prisionais, ou até mesmo de supostas doenças ou casos clínicos dos custodiados, sem fundamentação reforçada por documentos hábeis a comprovar tais circunstâncias, não são capazes de ensejar a liberdade provisória dos encarcerados.

Cabe ressaltar, ainda no tocante à tese adotada por Celso de Mello, que para conceder a liberdade provisória apenas ao requerente Severino, o ministro não fez necessário mencionar quaisquer das circunstâncias envolvendo a pandemia de covid-19 (como a alegação de o requerente ser pertencente ao grupo de risco da doença), atendo sua decisão para liberá-lo exclusivamente em função da insubsistência dos pressupostos legais da prisão preventiva.

DO MIN. MARCO AURÉLIO (*Habeas Corpus* nº 182.782 – Goiás⁹⁷)

Neste remédio constitucional, a paciente teve sua prisão preventiva decretada em abril de 2018 sob o fundamento de necessidade de resguardo da ordem pública, eis que foi flagrada na posse de expressiva quantidade de entorpecentes (10kg de cocaína, 26,5kg de maconha e 66

⁹⁷ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5878489>; acesso em 12-02-2023, às 8h.

comprimidos de ecstasy), bem como outros objetos que indicariam sua atuação na atividade criminosa (uma pistola, doze munições, balança de precisão, caderno de anotações do tráfico, entre outros utensílios e apetrechos comuns à fabricação e comercialização de drogas).

Em janeiro de 2019 a paciente restou condenada em primeira instância, ao passo que o magistrado sentenciante negou-lhe o direito de apelar em liberdade entendendo que os motivos que justificaram a prisão permaneceram hígidos.

Perante o Superior Tribunal de Justiça, a impetrante requereu a revogação da prisão preventiva ou, subsidiariamente, sua substituição pela prisão domiciliar. Por primeiro, alegou que os motivos que ensejaram a prisão não são suficientes porque foram baseados exclusivamente na gravidade abstrata dos delitos, bem como ressalta a existência de excesso de prazo para a formação da culpa. Segue argumentando pela necessidade de concessão da ordem em virtude da pandemia de coronavírus, frisando que a paciente é pertencente ao grupo de risco da doença (diagnosticada com asma), juntando aos autos receituários médicos para solidificar sua tese.

O Ministro Marco Aurélio, de sua vez, entendeu que os primeiros argumentos lançados pela impetrante não subsistem, eis que a prisão preventiva se mostrou viável diante da periculosidade, ao menos em tese, demonstrada. Para o ministro, a quantidade de entorpecentes e a natureza dos objetos encontrados são elementos concretos suficientes para sustentar a necessidade de se resguardar a ordem pública; ressaltou, ainda, que a reincidência é apta a embasar o decreto cautelar sem violar o princípio constitucional da presunção de inocência.

Para o ministro, contudo, “a crise sanitária ocasionada pela covid-19 é insuficiente a levar ao acolhimento da providência pretendida”. Ademais, solidificou o entendimento da Suprema Corte de que não basta a alegação de o paciente pertencer ao grupo de risco para a doença viral, sendo necessário demonstrar que seu local de custódia não é apto a lhe fornecer o tratamento adequado.

Entrementes, o Ministro Marco Aurélio decidiu pela concessão da ordem exclusivamente em razão de entender configurado o excesso de prazo, posto que a paciente estava presa cautelarmente há dois anos, sem a presença nos autos de ato que confirme a necessidade da medida cautelar extrema, configurando violação ao parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal brasileiro.

Assim, entendemos que Marco Aurélio se filia, também, à posição que considera as regras e pressupostos da prisão preventiva preponderantes em relação às teses defensivas associadas à pandemia de coronavírus. Para o ministro, até mesmo a comprovação de que a paciente pertence ao grupo de risco da doença por meio de receitas médicas é insuficiente para o decreto liberatório – o que só subsistiria caso comprovasse, cumulativamente, a impossibilidade de realizar seu tratamento no interior do estabelecimento prisional. Outrossim, apesar de descartar tais argumentos, o julgador não deixa de analisar a legalidade da custódia cautelar segundo o próprio diploma processual penal, decidindo pela liberdade da paciente em razão da violação de um dos seus pressupostos, mas não em função da pandemia.

DO MIN. RICARDO LEWANDOWSKI (Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 192.405 – São Paulo⁹⁸)

No caso apreciado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o impetrante alega, principalmente, que o paciente – preso provisoriamente – é pertencente ao grupo de risco da covid-19, invocando a Recomendação nº 62 do CNJ para que lhe seja concedida a liberdade provisória. Alega, ainda nesse sentido, ausência de violência ou grave ameaça no delito praticado (tráfico de drogas) e condições pessoais favoráveis do paciente. Por fim, requer de maneira subsidiária a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, tudo sob o argumento de efetivar as medidas preventivas ao contágio do coronavírus, devendo-se evitar aglomerações inerentes ao sistema prisional.

Necessário mencionar que a prisão preventiva do paciente restou originalmente decretada com fundamento na garantia da ordem pública diante da gravidade concreta da conduta deste, preso em flagrante na posse de grande quantidade de entorpecentes (6977,3g de cocaína e 1,7g de ecstasy).

Lewandowski inicia a sua decisão monocrática ressaltando os pressupostos e requisitos da prisão preventiva elencados nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal brasileiro, bem como elenca os casos em que este diploma processual permite a substituição da preventiva pela domiciliar, para, na sequência, reproduzir a fundamentação lançada no acórdão questionado pelo recorrente.

⁹⁸ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6021321>; acesso em 04-02-2023, às 15h30.

Já adiantando o teor da sua decisão no sentido de que a prisão cautelar do paciente encontra respaldo legal e jurisprudencial, o ministro salienta que já restou consolidado que o STF “admite que ‘a periculosidade do paciente, evidenciada pela acentuada quantidade de droga apreendida e pelo fundado receio de reiteração delitiva’ é fundamento idôneo para a decretação de prisão cautelar”.

Já quanto à necessidade de observância da Recomendação nº 62 do CNJ, o ministro ressaltou que esta cabe, primeiramente, ao juízo de origem, eis que este tem melhores condições de analisar as situações fáticas e circunstanciais, tanto do paciente, quanto do local em que está custodiado.

Terminou seu julgamento pelo improvimento do recurso, reforçando a decisão atacada proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

No caso, tal como acentuado pelo STJ, “em que pese o respeito à declaração expedida em 16 de junho de 2020 por médica do sistema de saúde privado no sentido de que ele tem ‘antecedente de hipertensão arterial sistêmica’ (fls. 40), com prescrição de medicamento de uso contínuo, inexistente comprovação inequívoca nos autos de ele, que tem 42 anos de idade (fls. 09), encontre-se extremamente debilitado em decorrência dessa moléstia e que os cuidados médicos necessários não sejam prestados no sistema penitenciário’, sendo que, na hipótese, as autoridades públicas estariam adotando medidas com vistas ao controle da situação advinda do estado de pandemia de COVID-19”.

Em síntese, percebe-se que o Min. Ricardo Lewandowski adotou o posicionamento garantista, voltado para a preponderância dos pressupostos da prisão preventiva sobre a necessidade de se resguardar a saúde dos custodiados a qualquer custo.

Assim, para o respectivo ministro, temos que a recomendação nº 62 do CNJ não é automaticamente aplicável para todo aquele que se enquadre nas suas circunstâncias – devendo-se, por conseguinte, ser realizada pelos julgadores originários das causas uma análise individualizada de cada caso concreto a fim de se verificar verdadeira impossibilidade de o custodiado ter sua saúde tutelada dentro do sistema penitenciário, que, via de regra, conta com acesso aos mesmos cuidados médicos que outrem encontraria em liberdade.

O julgador constitucional firma sua decisão, portanto, no sentido de que a mera alegação de que o custodiado pertence ao grupo de risco da doença – sem laudos respectivos ou documentos hábeis a comprovar que a instituição prisional específica não é capaz de realizar os tratamentos necessários (não apenas alegações genéricas de que qualquer casa prisional é incapaz para tanto) – não supera os pressupostos legais que ensejaram a prisão preventiva, ou seja, é insuficiente para a concessão da liberdade provisória do paciente.

DO MIN. LUIZ FUX (*Habeas Corpus* nº 186.185 – Distrito Federal⁹⁹)

O caso em apreço é um *habeas corpus* coletivo impetrado por Defensorias Públicas e seus respectivos Defensores Públicos Gerais de diversos Estados da federação; pedido feito em favor de ‘todas as mulheres presas gestantes e lactantes’, contra ‘atos coatores do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais de Justiça de todas as unidades federativas e de todos os Juízos criminais e de execução penal do país’.

O conjunto de defensorias pleiteou a concessão da liberdade provisória ou de prisão domiciliar para todas as mulheres presas gestantes, puérperas ou lactantes sob o argumento de que essas reclusas necessitam de tratamento especial em razão da pandemia de covid-19. Sustentam a falta de infraestrutura das unidades prisionais para acolhe-las ou para fornecer acompanhamento médico referente às suas circunstâncias. Ainda, recorrem à Recomendação nº 62 do CNJ, referindo que os Tribunais não estão cumprindo as suas disposições.

O parecer do *Parquet* Federal foi pela denegação da ordem, considerando que apesar de a situação de calamidade pública trazida pelo coronavírus desencadear diversas renúncias, a legalidade não seria sacrificável.

O Ministro Luiz Fux, de sua vez, ressalva a competência do Supremo Tribunal Federal, que só abrange os casos em que a autoridade coatora é um dos Tribunais Superiores ou que o paciente goze de prerrogativa de função perante a suprema corte. Nesse sentido, Fux adianta que não conhece da impetração, mas discorre sobre alguns pontos que, ao seu ver, merecem destaque.

Primeiramente o ministro frisa o fato de se tratar de pedido genérico para diversos indivíduos, cada um com sua situação particular, o que inviabiliza qualquer juízo de apreciação de eventual constrangimento ilegal individualizado das custodiadas gestantes, puérperas ou lactantes.

Entrementes, o julgador constitucional, ao considerar a peculiaridade da categoria de pacientes em conjunto com a situação de calamidade pública gerada pela pandemia de coronavírus, entendeu ser possível analisar o caso para uma eventual concessão da ordem de

⁹⁹ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5921049>; acesso em 11-02-2023, às 8h.

ofício, destacando a alegação dos impetrantes de que os órgãos judiciais infraconstitucionais têm indeferido os pleitos liberatórios dessas mulheres de maneira infundada.

Destacou o ministro:

Com efeito, a elevada disseminação da doença no Brasil e o crescente número de mortos impõem o dever constitucional de que as instituições tomem medidas hábeis de enfrentamento à pandemia, cada qual no âmbito de sua competência. No sistema prisional, em que os detentos são mantidos em situação de confinamento e, por vezes, em cenários de superlotação, esse dever de cuidado é ainda mais significativo, especialmente em relação àqueles cientificamente considerados como integrantes do grupo de risco da moléstia.

Nesse sentido, Fux discorre sobre as disposições trazidas pela recomendação do Conselho Nacional de Justiça, o que para o ministro, contudo, não enseja a concessão da ordem de maneira automática e genérica para todas as detentas gestantes, puérperas ou lactantes. O ministro aponta o parecer ministerial no ponto em que considera desproporcional a concessão de liberdade em massa durante a pandemia, em que os males de um eventual decreto liberatório generalizado seriam maiores que os seus benefícios; bem como refere que a matéria já está tratada na disposição normativa do CNJ, o que reforça a necessidade de apreciação de cada caso concreto pelo juízo de origem competente.

Por fim, a decisão do Ministro Luiz Fux foi pelo não conhecimento da ordem, mas, de ofício, pela sua concessão parcial “apenas para determinar às autoridades coatoras indicadas a observância da Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça”.

Dessarte, podemos extrair que Fux se alia aos demais colegas da suprema corte quando decide que não é possível a concessão de liberdade pelo órgão judicial constitucional de maneira genérica, função esta que cabe ao julgador originário da causa realizar de maneira individualizada para cada caso concreto.

O destaque diferenciador para a decisão do referido ministro se encontra no ponto em que determina que estes julgadores originários observem a recomendação normativa do CNJ. Parece-nos, contudo, que essa ordem emanada pelo ministro Fux, em verdade, acompanha os demais ministros no sentido de que a Recomendação nº 62 do CNJ, de qualquer forma, continua sendo mera sugestão sem imposição de ser estritamente seguida, devendo o julgador do caso concreto apenas considerar as suas disposições quando da sua decisão – o que não implica a sua preponderância sobre os pressupostos da prisão preventiva.

Em síntese, como no caso analisado o ministro não conheceu da ordem para se posicionar de maneira mais enérgica quanto à tese que adotaria em um caso concreto, foi

desnecessário ao órgão constitucional tomar lados quanto a qual das circunstâncias entenderia como preponderante, se a situação de calamidade pública, ou se as regras e pressupostos da prisão preventiva, deixando apenas indícios de que acompanha seus demais colegas de corte no sentido de que estas devem prevalecer, mas com um toque de sensibilidade advindo daquela.

DA MIN. CÁRMEN LÚCIA (*Habeas Corpus* nº 208.479 – Ceará¹⁰⁰)

O presente *habeas corpus* foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que negou a liberdade provisória ao paciente, preso em flagrante e com a prisão convertida em preventiva pela suposta prática do delito de tráfico de drogas.

Entre os argumentos dos impetrantes encontramos a primariedade do paciente, o exercício de profissão lícita, ser ele pai de uma criança de dois anos, não se dedicar ele à atividade criminosa ou integrar organização criminosa, bem como ser ele portador de esferocitose (tipo de anemia hemolítica). Nesse sentido, o pedido recai sobre a observância da Recomendação nº 62 do CNJ ao passo que o paciente se enquadraria perfeitamente em mais do que uma das suas disposições acerca da excepcionalidade acentuada da prisão preventiva em face da pandemia de covid-19.

A Ministra Cármen Lúcia dá início à sua decisão adiantando que o pedido é contrário à jurisprudência do STF e transcrevendo o próprio julgado do Tribunal Superior apontado como coator pelo impetrante. A título de informação, o referido julgado considerou inviável a concessão da liberdade em função do argumento de o paciente possuir filho menor de 12 anos justamente porque a genitora da criança – também denunciada na ação originária do feito – já foi liberada sobre essa prerrogativa, não prevalecendo a tese de que o paciente seria o único responsável pela criança, bem como em razão da falta de provas atestando que a sua liberdade seria imprescindível para os cuidados do menor; a decisão também discorreu de forma extensiva sobre a necessidade de comprovar que o paciente não está tendo seu direito à saúde resguardado no cárcere, negando, também, a concessão da ordem por falta de documentação que ateste o estado de saúde frágil do detento e como a custódia lhe é ainda mais prejudicial em razão da pandemia; por fim, reitera que as condições pessoais favoráveis do paciente não lhe garantem a liberdade provisória quando ainda presentes os pressupostos legais da prisão preventiva.

¹⁰⁰ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6292282>; acesso em 11-02-2023, às 11h30.

Neste último ponto, Cármen Lúcia cita própria jurisprudência do Supremo para afastar o argumento das condições pessoais favoráveis do paciente.

A ministra ainda reitera que a condição de pai de uma criança de 2 anos não lhe garante a liberdade provisória porque não restou juntado aos autos qualquer prova de que o paciente seria o único responsável pelos cuidados do filho, bem como porque os próprios autos já mencionam que este está sob a tutela da sua genitora.

Já no tocante ao alegado estado de saúde frágil do paciente e consequente necessidade de lhe conceder a liberdade provisória em razão dos possíveis riscos gerados pela pandemia dentro do sistema prisional, a julgadora constitucional frisou: “ausente a demonstração de ser ele do grupo de risco da Covid-19 e que não esteja sendo disponibilizado ao paciente o atendimento médico na unidade prisional onde está recluso”. Ainda reproduziu a decisão do STJ quanto a este ponto no sentido de que o impetrante não acostou aos autos laudo médico atualizado para comprovar que o paciente integra grupo de risco da covid-19 ou de que este precisa de cuidados médicos especializados que só seriam alcançados fora do cárcere. Por fim, para solidificar essa posição, citou jurisprudência da suprema corte.

Do julgado exposto fica clara a posição garantista da Ministra Cármen Lúcia, acompanhando os demais colegas constitucionais no sentido de que os pressupostos da prisão preventiva preponderam sobre as circunstâncias da pandemia, que não ensejam a liberdade de forma automática àqueles que se enquadram nos ditames da Resolução nº 62 do CNJ. Para a ministra é imprescindível a apresentação de provas documentais nos autos para reverter essa preponderância legal em favor das condições especiais do preso no contexto da pandemia.

DA MIN. ROSA WEBER (*Habeas Corpus* nº 193.435 – São Paulo¹⁰¹)

Neste caso, a Ministra Rosa Weber julga um recurso constitucional impetrado em favor de um paciente preso preventivamente pela suposta prática do crime de tráfico de drogas. O requerente alega que o decreto prisional não possui fundamentação idônea porque baseado exclusivamente na gravidade abstrata do delito; no mais, argumenta que o paciente possui condições pessoais favoráveis e sustenta que a pandemia de coronavírus, tutelada pela Recomendação nº 62 do CNJ, ensejaria a sua liberdade provisória.

¹⁰¹ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6036659>; acesso em 11-02-2023, às 17h30.

A ministra, por primeiro, reproduz a decisão atacada, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, para então, refutar os argumentos do impetrante, eis que não visualizou qualquer ilegalidade do julgado infraconstitucional capaz de ensejar a soltura do paciente. Sua sustentação inicia com um repasse pelos princípios e pressupostos que regem a prisão preventiva para, então, decidir sobre a custódia do paciente.

Neste sentido, reforça a decisão do STJ no ponto em que a prisão ficou embasada em circunstâncias concretas (quantidade e variedade de drogas apreendidas, e contumácia delitiva) aptas a demonstrarem a periculosidade do agente e o risco deste voltar a delinquir, sendo necessária, portanto, a manutenção da prisão cautelar para a garantia da ordem pública. Também frisou que as condições pessoais favoráveis do agente não impedem a decretação da preventiva quando presentes os seus requisitos, mencionando jurisprudência do próprio Supremo.

Agora, quantos aos fundamentos alegados pelo impetrante envolvendo a pandemia de covid-19 e a Resolução nº 62 do CNJ, a julgadora constitucional reitera o que foi explanado nas instâncias inferiores, no sentido de que não restou demonstrado pelo peticionário que o paciente é enquadrado em alguma hipótese que ensejasse a sua liberdade provisória; aponta que o custodiado é jovem, com 32 anos de idade, e não acostou aos autos qualquer documento hábil a comprovar alguma comorbidade preexistente capaz de incitar a necessidade da liberdade ou da prisão domiciliar.

Prosseguiu enfatizando que a recomendação do Conselho Nacional de Justiça não implica revogação automática das prisões cautelares, mas apenas sugestiona aos magistrados para que tomem suas decisões conscientes da necessidade de conter a disseminação do vírus – o que não os impede de realizar a análise individualizada do caso concreto e decretar prisões cautelares a partir dessas particularidades.

A ministra, neste ponto, ainda faz uma ressalva quanto à falta de competência do STF para decidir sobre a situação individual de cada pessoa encarcerada, análise esta que deve ser feita pelos julgadores originários das causas:

O pedido de soltura com fundamento na atual pandemia de Covid-19, que acomete diversos países e também o Brasil, não comporta conhecimento originário pelo Supremo Tribunal Federal, [...] mantendo na esfera de competência dos juízes da execução a análise da situação de cada preso.

Assim, percebemos que a Ministra Rosa Weber se filia ao entendimento de outros membros do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a pandemia de covid-19 não enseja,

por si só, a revogação da prisão preventiva de qualquer custodiado. Para a ministra, é preciso que fique demonstrado por prova documental que o requerente possui alguma comorbidade a ponto de se adentrar no exame de uma possível concessão de liberdade provisória; ainda assim, apesar de Weber não deixar explícito na sua decisão, essa corrente garantista reforçada por diversos julgados do STF considera que os pressupostos da prisão preventiva ainda são preponderantes sobre os argumentos envolvendo o estado de calamidade pública gerado pelo novo coronavírus.

DO MIN. GILMAR MENDES (Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 198.155 – Santa Catarina¹⁰²)

Neste recurso à Suprema Corte, o recorrente alega ilegalidade da sua segregação cautelar ao entender não estarem presentes os pressupostos do art. 312 do CPP; afirma que a existência de condições pessoais favoráveis do custodiado (primariedade, residência fixa e trabalho lícito) ensejam o afastamento do seu *periculum libertatis*; ademais, sustenta que a pandemia de coronavírus, associada à Recomendação nº 62 do CNJ, corrobora para a necessidade de se revogar a prisão preventiva do recorrente, que argumenta ser pertencente ao grupo de risco para a doença por ser portador de diabetes ou pré-diabetes.

O Ministro Gilmar Mendes, então, reproduz os argumentos lançados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo juízo de origem para embasar sua decisão pela negativa da liberdade. Neste sentido, a prisão preventiva do acusado foi decretada sob o fundamento da necessidade de garantia da ordem pública em razão da expressiva quantidade e da elevada lesividade das drogas apreendidas (1,028kg de cocaína separadas em aproximadamente mil porções). Ainda, no processo originário, o magistrado de primeiro grau consignou que o recorrente assumiu a prática da traficância, apesar da sua primariedade.

Assim, ao repisar os fundamentos que ensejaram a decretação da prisão em primeiro grau e a sua manutenção pelo STJ, Gilmar Mendes conclui que o decreto cautelar não se mostrou calcado de ilegalidade ou de fundamentação genérica. Reafirmou, ainda, a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que apenas a presença de condições pessoais favoráveis não é suficiente para desacreditar a necessidade da medida cautelar extrema.

¹⁰² Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6117296>; acesso em 18-02-2023, às 9h.

Quanto aos argumentos atinentes à pandemia de covid-19, Mendes afirma que tal juízo cabe apenas ao julgador originário de cada caso concreto, que deverá fazê-lo segundo as orientações da Recomendação nº 62 do CNJ. O ministro ainda reforça o fato de que o recorrente não comprovou que pertence ao grupo de risco da doença em razão da inexistência de prova documental nesse sentido, além de não ter sido demonstrado nos autos que o estabelecimento prisional no qual se encontra custodiado não está apto a lhe fornecer a assistência médica necessária à sua condição particular.

Em razão dos argumentos supracitados, o Ministro Gilmar Mendes negou provimento ao recurso, mas determinou que o juízo de origem “reavalie a prisão preventiva do recorrente, à luz da recomendação n. 62/2020 do CNJ, levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto”.

Percebemos, portanto, que este julgador constitucional compreende, primeiramente, caber ao julgador originário da causa a análise mais aprofundada do caso concreto a fim de se verificar a possibilidade da concessão da liberdade provisória – ao passo que o Supremo Tribunal Federal estaria encarregado apenas examinar flagrantes ilegalidades destes decretos cautelares. Ainda, Gilmar Mendes compartilha do entendimento dos outros membros da Suprema Corte de que não basta a alegação do custodiado pertencer ao grupo de risco para a covid-19, devendo ser demonstrada a partir de prova documental tanto a sua comorbidade de saúde, quanto a impossibilidade de o estabelecimento prisional oferecer seu respectivo tratamento.

Gilmar Mendes, contudo, destaca na sua decisão uma ordem ao juizado de origem para que reavalie a prisão preventiva do recorrente observando as diretrizes da recomendação do CNJ. Assim, podemos concluir que apesar de o ministro, na sua decisão, demonstrar certa inclinação para a preponderância dos pressupostos da prisão preventiva sobre os argumentos ensejados pela pandemia de covid-19, entende necessário fazer uma ressalva para a análise mais pormenorizada do caso concreto pelo julgador originário, nos mesmos moldes da posição apresentada do Ministro Luiz Fux. É de se dizer que essa ordem significa que o magistrado que decretou a prisão cautelar deverá rever sua decisão sob a ótica do princípio da proporcionalidade, a fim de verificar se a medida cautelar extrema ainda é necessária – e adequada – diante das novas circunstâncias fáticas vividas por toda a sociedade. Frisa-se, contudo, que essa ordem não significa que o julgador originário não possa decidir pela manutenção da prisão, o que apenas deverá fazer de maneira suficientemente fundamentada.

DO MIN. EDSON FACHIN (Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 194.114 – Rio de Janeiro¹⁰³)

Neste Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, o impetrante pleiteia a revogação da prisão preventiva do acusado ou, alternativamente, sua conversão em prisão domiciliar ou medida cautelar diversa. Argumenta que carecem de contemporaneidade os fatos que ensejaram a medida cautelar extrema; diz que não há provas de que o acusado integre organização criminosa; sustenta que não há fundamentação idônea para ensejar a sua prisão cautelar; e, por fim, alega que o paciente ostenta condições pessoais favoráveis e integra grupo de risco para a covid-19.

Do pedido, o Ministro Edson Fachin adiantou que não vislumbrou qualquer ilegalidade no decreto preventivo, passando a reproduzir a decisão do magistrado de primeiro grau que decretou a cautelar e a que negou seu pedido de revogação. De acordo com a decisão originária, os acusados integrariam organização criminosa e estariam recorrentemente fazendo incursões na região dos fatos, havendo indícios de que estariam extorquindo e ameaçando moradores da localidade, sendo, portanto, a custódia necessária inclusive para a conveniência da instrução criminal.

Fachin considerou que a decisão de primeiro grau satisfaz os requisitos legais, considerando-a devidamente fundamentada na existência de indícios de periculosidade elevada dos agentes, em que o ora recorrente é apontado como líder da suposta organização criminosa responsável pela prática de delitos de natureza grave. O ministro ainda frisou que os casos envolvendo crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, “o ônus argumentativo em relação à periculosidade concreta do agente é menor”.

O ministro também negou o pedido de conversão da prisão preventiva em domiciliar sob os mesmos fundamentos do magistrado originário. Segundo o juízo de primeiro grau, o acusado não comprovou ser o único responsável por sua filha menor de 12 anos, ao passo que o próprio requerente informou residir com sua esposa e filha, não fazendo jus, portanto, à hipótese do artigo 318, inciso VI, do Código de Processo Penal.

¹⁰³ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6050774>; acesso em 18-02-2023, às 10h.

Já quanto ao pedido de concessão da prisão domiciliar calcado nas consequências trazidas pela pandemia de covid-19 e na Recomendação nº 62 do CNJ, Fachin reproduziu a decisão denegatória da ordem proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, a qual fundamentou que o ora paciente, antes do pleito liberatório, já contraiu o vírus no interior do sistema prisional sem demonstrar qualquer complicação em razão da patologia; ademais, não restou comprovado que o paciente integra grupo de risco para a doença, bem como já se demonstrou nos autos que a instituição carcerária na qual este se encontra tem oferecido o tratamento médico adequado, além de estar adotando medidas de combate a proliferação do vírus no seu ambiente interno.

Diante da decisão analisada, percebemos que o Ministro Edson Fachin entende que os pressupostos e regras da prisão preventiva preponderam sobre os argumentos atinentes à pandemia de covid-19. Destaca-se do seu julgado, como do de outros ministros da Suprema Corte, a necessidade de se comprovar por meio de prova documental que o recluso de fato é pessoa pertencente ao grupo de risco da doença e, concomitantemente, que o estabelecimento prisional em que este se encontra não é capaz de lhe oferecer a assistência médica adequada em caso de contração do vírus.

DO MIN. DIAS TOFFOLI (*Habeas Corpus* nº 194.540 – São Paulo¹⁰⁴)

Neste remédio constitucional, o impetrante pleiteia a conversão da prisão preventiva do paciente – acusado pela suposta prática do crime de organização criminosa em concurso com funcionário público – em prisão domiciliar. Entre os argumentos apresentados estão a alegação de o paciente integrar o grupo de risco para a covid-19 por ser idoso (74 anos de idade) e ser portador de doenças graves (diabetes, pressão alta, sinais de *Alzheimer*, além de estar se recuperando de uma lesão grave na perna esquerda); outrossim, o impetrante sinaliza a precariedade dos estabelecimentos prisionais e a carência de tratamento médico nestas instituições, bem como alega não estarem preenchidos os pressupostos e requisitos legais que justifiquem a necessidade da medida cautelar extrema.

Inicia o Ministro Dias Toffoli adiantando seu entendimento de que não há flagrante ilegalidade no decreto cautelar, reproduzindo a decisão do magistrado de primeiro grau quanto a adequação do estabelecimento prisional para atender às necessidades advindas da pandemia

¹⁰⁴ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6058183>; acesso em 18-02-2023, às 16h.

de covid-19. Referida decisão começa frisando que o ora paciente não demonstrava preocupação com seu estado de saúde antes do cárcere, participando, inclusive, de festas com diversas pessoas no período de agosto de 2020, sendo contraditória a invocação dessa preocupação apenas quando da sua custódia cautelar. Ademais, o estabelecimento prisional em que o paciente restou custodiado prestou informações no sentido de que possui setor de enfermagem, procedimentos de encaminhamento (quando necessário) dos custodiados aos Hospitais e Centros de Saúde próximos, disponibilidade de medicamentos básicos, estratégias de contenção da disseminação do vírus no seu ambiente interno, bem como informaram, na época, possuir apenas um único caso suspeito de covid-19, no qual o custodiado ficou devidamente isolado no aguardo do resultado do seu teste de confirmação da doença.

Por estas razões, Toffoli entendeu que não restou demonstrado qualquer descumprimento à Recomendação nº 62 do CNJ nem confirmada a situação de risco à saúde do paciente se este permanecer custodiado.

Quanto aos pressupostos da prisão preventiva, o ministro também reforçou a inexistência de ilegalidade na decisão originária, que fundamentou a gravidade do delito e a periculosidade do agente apontando diversos elementos concretos presentes nos autos – desde os graves antecedentes criminais do paciente, sua ligação a integrantes da facção criminosa ‘Primeiro Comando da Capital’, até a flagrante apreensão de um ônibus supostamente escondido pelo paciente em um sítio, contendo diversos aparelhos hospitalares – reforçando, inclusive, o entendimento da Suprema Corte que condições pessoais favoráveis não são suficientes para ensejar a liberdade provisória quando presentes os demais elementos ensejadores da prisão cautelar.

Pelo exposto, percebemos que o Ministro Dias Toffoli é adepto do posicionamento garantista de que os pressupostos da prisão preventiva preponderam sobre quaisquer alegações atinentes à pandemia ou ao estado de saúde do custodiado, sendo necessário, nesse sentido, que este apresente prova documental de que o estabelecimento prisional que o recolhe não é apto a lhe oferecer os cuidados médicos adequados – o que não ocorreu no caso concreto em análise.

DO MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO (Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 208.960 – Amazonas¹⁰⁵)

Neste caso em análise, o paciente restou preso em flagrante delito na posse de 56kg de cocaína e 74kg de maconha, sendo-lhe imputada a prática do delito de tráfico de drogas e sendo convertida a sua prisão em preventiva para a garantia da ordem pública, decisão sustentada em função da grande quantidade de droga apreendida, pluralidade de agentes envolvidos e utilização de uniforme do exército e uso de aeronave, o que, ao menos em tese, indicaria que o paciente integra organização criminosa voltada ao tráfico internacional de entorpecentes.

O recorrente, perante o Supremo Tribunal Federal, embasou seu pedido de liberdade provisória na recomendação nº 62 do CNJ em razão do crime imputado ao paciente não ter sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; além de argumentar pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade da medida cautelar extrema.

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, a Suprema Corte já pacificou o entendimento de que “a periculosidade do agente e a necessidade de interromper a atuação de organização criminosa constituem fundamentação idônea para a decretação da custódia preventiva.” E, no mesmo sentido, de que a natureza e a quantidade de drogas apreendidas são passíveis de revelar de maneira concreta a gravidade do delito, sendo, portanto, fundamentos aptos a ensejar o decreto cautelar. Também ressaltou que as condições pessoais favoráveis do paciente não são aptas a afastarem a prisão preventiva quando presentes outros elementos que a determinem.

Já no ponto atinente à pandemia de covid-19 e à recomendação do CNJ, Barroso não verificou qualquer motivo plausível para conceder a liberdade provisória ao paciente, explicando que este não se enquadra no grupo de risco para a patologia, é pessoa jovem (21 anos de idade), e não foi mencionado pelo recorrente que ele seja portador de qualquer doença que indique debilidade de saúde.

Neste sentido, podemos concluir que o Ministro Luís Roberto Barroso segue a corrente garantista da Suprema Corte quando define que os pressupostos da prisão preventiva são preponderantes sobre a Recomendação nº 62 do CNJ – sendo irrelevante a alegação de que acusados por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa são passíveis de serem beneficiados pela revogação de suas prisões preventivas exclusivamente em razão desta

¹⁰⁵ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6298147>; acesso em 19-02-2023, às 8h30.

disposição contida na instrução do Conselho Nacional de Justiça, isso quando estiverem presentes outros requisitos que permitem a incidência da medida cautelar extrema.

DO MIN. ALEXANDRE DE MORAES (Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 194.583 – Espírito Santo¹⁰⁶)

Neste caso, o Ministro Alexandre de Moraes foi incitado a decidir sobre a liberdade provisória de uma acusada por praticar, em tese, dois homicídios qualificados, sendo um consumado e um tentado. Dentre os argumentos lançados pelo recorrente, está, principalmente, a situação de calamidade pública advinda da pandemia de covid-19, ao passo que a custodiada é portadora de doença respiratória, se enquadrando no grupo de risco para a doença, sendo, no entendimento da sua defesa, enquadrada nas hipóteses trazidas pela Recomendação nº 62 do CNJ que ensejariam a revogação da sua detenção cautelar.

Moraes, de início, reproduz as decisões, tanto do Superior Tribunal de Justiça, quanto do juízo de primeira instância, as quais, respectivamente, confirmaram a necessidade da restrição cautelar e a decretaram, entendendo que o magistrado de primeiro grau a prolatou dentro dos limites legais, sem qualquer exagero ou abuso de poder que pudesse ensejar a cassação do ato dito como coator. Segundo o ministro, a Suprema Corte já consolidou a posição de que "a periculosidade do agente, evidenciada pelo *modus operandi* na prática do delito, justifica a prisão preventiva para garantia da ordem pública."

Ademais, quanto aos argumentos que contornam a pandemia de covid-19 e a recomendação normativa do Conselho Nacional de Justiça, o julgador constitucional esclareceu que essas circunstâncias não ensejam a concessão automática da liberdade para todos aqueles presos provisórios que se enquadrem nas suas disposições. Segundo o ministro, o papel de realizar tal análise caberá ao julgador originário da causa, que observará a Recomendação nº 62 do CNJ em conjunto com os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, podendo realizar sua decisão de maneira mais condizente com as particularidades de cada caso concreto por possuir maior proximidade com a causa.

Nesta linha de raciocínio, o Ministro Alexandre de Moraes expôs as razões da Corte Estadual para o indeferimento do pleito liberatório, considerando-as suficientemente

¹⁰⁶ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6058677>; acesso em 19-02-2023, às 10h30.

fundamentadas. Acordaram os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que apesar de a paciente pertencer ao grupo de risco da patologia, a instituição prisional na qual está custodiada possui unidade de saúde, inexistindo motivo plausível para a sua liberdade calcado exclusivamente nos riscos trazidos pela pandemia de covid-19, *in verbis*:

Conforme se verifica, a paciente apesar de se enquadrar no grupo de risco, não se enquadra nas hipóteses previstas da Recomendação do Conselho Nacional de Justiça.

Isso porque o Centro Prisional Feminino de Cariacica em que se encontra custodiada possui unidade de saúde prisional

É preciso ter em mente que a pandemia do coronavírus é uma situação excepcional e alarmante, mas não pode ser a mesma utilizada como argumento para pretensão de liberdade sem que haja qualquer exposição do risco efetivo suportado pelo paciente.

Assim, percebemos que o Ministro Alexandre de Moraes se alia aos demais ministros da Suprema Corte no ponto em que entende ser mais adequada a análise pormenorizada de cada caso concreto pelos julgadores originários das causas, cabendo a estes realizar a ponderação entre os pressupostos e requisitos da prisão preventiva e as recomendações normativas do Conselho Nacional de Justiça atinentes à pandemia de covid-19. De qualquer forma, é possível extrair da sua *ratio decidendi* que este julgador não verificou ilegalidade na decisão que decidiu manter a custódia cautelar de paciente, mesmo que este seja acometido por comorbidade de saúde ao tempo da crise sanitária, concluindo-se que o risco à saúde do detento só prevaleceria sobre os pressupostos da medida cautelar extrema quando demonstrado de forma inconteste que o local do seu cárcere não está apto a lhe fornecer a assistência médica adequada e suficiente às particularidades do seu estado de saúde e da pandemia do novo coronavírus.

DO MIN. NUNES MARQUES (*Habeas Corpus* nº 201.971 – Amapá¹⁰⁷)

O presente remédio constitucional foi impetrado buscando a concessão da liberdade provisória para o paciente, que fora acusado de falsificação de moeda, tráfico de drogas e de integrar organização criminosa.

O Ministro Nunes Marques inicia sua decisão fazendo uma abordagem sintética do instituto da prisão preventiva, para então discutir os elementos do caso concreto que o levam a negar provimento ao *writ*. Primeiramente menciona a excepcionalidade da medida, que deverá ser calcada em elementos concretos que indiquem o preenchimento dos seus pressupostos

¹⁰⁷ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6178062>; acesso em 19-02-2023, às 14h.

(*fumus commissi delicti e periculum libertatis*), para, na sequência, reforçar a necessidade de fundamentação idônea da decisão que decretar a cautelar extrema. Neste sentido, o julgador constitucional observou que a decisão de primeiro grau que decretou a prisão preventiva do paciente respeitos todas essas margens legais:

Assim, no meu entender, é idônea a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente em razão de ser o mesmo, supostamente, integrante de organização criminosa, na linha da orientação jurisprudencial pacífica deste Supremo Tribunal Federal.

Já no ponto em que o impetrante requer ao menos a concessão de prisão domiciliar a fim de evitar os riscos trazidos pela pandemia de covid-19 para a população carcerária, Marques reproduziu a decisão da Corte Superior que asseverou que o respectivo risco não é fundamento suficiente para a concessão da liberdade, principalmente quando não demonstrado que o paciente é integrante do grupo de risco para a doença, como no caso dos autos. Assim, por não verificar risco concreto na manutenção do paciente em custódia ou que a unidade prisional em que este se encontra não é capaz de oferecer os cuidados adequados para o tratamento da patologia, o ministro considerou inaplicável a Recomendação nº 62 do CNJ ao caso em exame.

Da análise do recurso constitucional, observamos um posicionamento puramente técnico do Ministro Nunes Marques, que ateuve sua decisão aos pressupostos legais da prisão preventiva. Para o ministro, os riscos trazidos pela situação de calamidade pública devem ser concretamente demonstrados nos autos a fim de ensejar uma possível concessão de liberdade provisória, entendendo, portanto, que a regra é a preponderância dos dispositivos legais da medida cautelar sobre as instruções trazidas pelo Conselho Nacional de Justiça na busca de minimizar os impactos da pandemia.

DO MIN. ANDRÉ MENDONÇA (*Habeas Corpus* nº 216.160 – São Paulo¹⁰⁸)

Neste remédio constitucional, o Ministro André Mendonça foi invocado a decidir sobre a liberdade de custodiados preventivamente, acusados pela suposta prática do crime de tráfico de drogas, associação criminosa voltada para a traficância e posse irregular de arma de fogo de uso permitido.

¹⁰⁸ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6416415>; acesso em 19-02-2023, às 15h30.

Dentre os argumentos do impetrante para conferir liberdade aos pacientes, foi sustentada a falta de fundamentação idônea do decreto cautelar, que teria sido baseado exclusivamente na gravidade abstrata dos delitos, carente de indícios suficientes de autoria e contemporaneidade da medida. Declara, ainda, que um dos acusados é hipertenso, o que o enquadraria no grupo de risco para a covid-19, sendo este passível de concessão da liberdade nos termos da Resolução nº 62 do CNJ.

Mendonça, primeiramente, reforça a existência de fundamentação idônea da decisão de primeira instância que decretou a prisão preventiva dos pacientes, declarando que foram encontrados quantidades expressivas de entorpecentes (1 "tijolo" de *crack*, pesando 298,97g; 130 pinos e 12 sacos, contendo cocaína, pesando cerca de 10kg; 34 ampolas de lidocaína, pesando 324,13g; e 4 pacotes de cafeína, pesando 290,49g) que justificam a segregação cautelar para a garantia da ordem pública de maneira concreta.

O ministro faz ressalva quanto à impossibilidade de reexame do acervo fático-probatório pela via estreita do *habeas corpus*, inviabilizando a análise quanto à existência de indícios de autoria.

Já no tocante ao pedido de prisão domiciliar em face das particularidades de saúde de um dos pacientes, o julgador constitucional asseverou que não ficou devidamente demonstrada “a debilidade da saúde a autorizar a medida, tampouco a impossibilidade de receber eventual assistência médica ou tratamento no interior da unidade prisional”, o que, nos termos da jurisprudência da própria Suprema Corte, esvazia qualquer possibilidade de efetivação deste requerimento. Segundo o ministro:

No ponto, ressalto que a pandemia de Covid-19, isoladamente, não justifica a revogação da custódia. A observância da Recomendação nº 62, de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, pressupõe situação evidente de risco à saúde dos detentos. Em que pese a relevância das diretrizes do CNJ, não se trata de soltura automática, inexistindo, no caso sob exame, comprovação de excepcionalidade a justificar o acolhimento do pedido.

Por fim, André Mendonça reitera que o STF já consolidou entendimento de que condições pessoais favoráveis, por si só, não tem o condão de afastar a necessidade da medida cautelar extrema.

Assim, podemos perceber que o mais novo ministro do Supremo Tribunal Federal adequa seu posicionamento ao dos demais colegas, no sentido de que a pandemia de covid-19, isolada, apesar de trazer circunstâncias graves à realidade do sistema penitenciário brasileiro, não é motivo suficiente para revogar decretos preventivos devidamente justificados, ao passo

que as regras e pressupostos da prisão preventiva devem ser consideradas com preponderância sobre tais particularidades.

O POSICIONALMENTO FINAL DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

A partir da análise individualizada das decisões monocráticas de cada ministro do Supremo Tribunal Federal atuante ao tempo da pandemia de covid-19, percebemos que o STF moldou um entendimento unânime entre seus membros, no sentido de que as regras e pressupostos legais ensejadores da decretação da prisão preventiva preponderaram sobre os argumentos atinentes à crise sanitária.

Para o órgão constitucional, em que pese a gravidade das circunstâncias do sistema penitenciário nacional, acentuadas ainda mais em razão da pandemia, quando estiverem presentes os requisitos e pressupostos dispostos em lei para a decretação da medida cautelar extrema, alegações que circundem essa problemática da covid-19 não possuem força suficiente para desacreditar disposições normativas legais, ao passo que serviriam, no máximo, como mero reforço argumentativo para eventual concessão de liberdade, mas que deveria estar calcada na lei.

Dessarte, o entendimento da Suprema Corte quanto à aplicabilidade da Recomendação nº 62 do CNJ é de que esta não é uma ordem legal que deva ser estritamente seguida ou aplicada de maneira automática a todos que, ao menos em tese, se enquadrem nas suas disposições. O STF ressaltou a sua natureza sugestiva e, ainda, se posicionou entendendo que a análise mais pormenorizada de cada caso concreto cabe, em verdade, ao julgador originário de cada causa, que tem mais proximidade com as circunstâncias de fato para realizar um melhor juízo sobre a real necessidade ou não da prisão preventiva, ao passo que caberia à Corte Constitucional apenas o encargo de examinar flagrantes ilegalidades destes decretos cautelares.

Neste ponto, os Ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes se destacaram dos demais membros do Supremo Tribunal Federal ao acrescentar nas suas decisões uma ordem para que os magistrados de primeiro grau observem a recomendação do Conselho Nacional de Justiça quando do juízo de decretação da prisão preventiva, bem como reavaliem prisões anteriormente decretadas sob essa mesma ótica.

Entrementes, referidas ordens emanadas pelos julgadores constitucionais supracitados, nos termos dos seus próprios votos, não destoam do entendimento dos demais ministros da Suprema Corte, eis que estas mantêm a natureza de sugestão da Recomendação nº 62, que não passa a ser aplicável automática e obrigatoriamente a todos que nela se enquadrem. O que estes ministros determinaram significa apenas que os julgadores originários das causas devem levar

em consideração – e de maneira fundamentada – as disposições do Conselho Nacional de Justiça no momento do seu juízo quanto à necessidade de decretar a prisão preventiva de um sujeito.

Ademais, quanto à aplicabilidade da recomendação do CNJ, o Ministro Luís Roberto Barroso ressaltou que apenas a alegação de que os reclusos se enquadrariam nas suas hipóteses normativas porque teriam cometido crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa, de maneira isolada, é irrelevante para um juízo de liberdade provisória quando estiverem presentes outros requisitos ou pressupostos da medida cautelar extrema, pois estes preponderam sobre a recomendação do Conselho Nacional de Justiça.

Outrossim, todos os ministros foram cristalinos ao determinar a necessidade de comprovação de perigo concreto à saúde do detento, não apenas pela demonstração do seu estado de saúde ou da presença de alguma patologia agravante que o colocaria na posição de integrante do grupo de risco para a covid-19, mas também pela prova de que o estabelecimento prisional no qual estiver recluso não possui condições de lhe prover a assistência médica necessária e adequada. Ou seja, para o órgão constitucional, apenas alegações genéricas de problemas de saúde ou de insalubridade das casas prisionais, desacompanhadas de provas documentais, são insuficientes para a concessão da liberdade nesses termos.

O Ministro Ricardo Lewandowski, neste ponto, ressalta que, ao menos em tese, o detento conta com acesso aos mesmos cuidados médicos que outrem encontraria em liberdade, e, por isso, é preciso que se comprove de maneira incontestada a incapacidade de prover assistência médica do local em que se encontra custodiado. Acrescenta, também, que toda a sociedade é passível de contrair o vírus, seja em liberdade, seja no cárcere, não sendo viável a revogação de prisões preventivas sob o argumento do risco abstrato de contração da patologia.

A Suprema Corte, portanto, deixa clara a necessidade de se comprovar de maneira cumulativa esses dois quesitos – tanto do estado de saúde do detento, quanto das condições da instituição carcerária – de modo que, apenas a comprovação de uma dessas circunstâncias, isolada, não é capaz de ensejar a soltura do preso.

Ainda, apesar de não haver até o presente momento uma decisão específica do Plenário do Supremo Tribunal Federal acerca do instituto da prisão preventiva ao tempo da pandemia de covid-19, ambas as suas Turmas já se manifestaram sobre o assunto nos mesmos termos recém expostos.

A Primeira Turma do STF, no *Habeas Corpus* nº 200.415/RS¹⁰⁹, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, por unanimidade, indeferiu a ordem nos termos do voto do relator, no sentido de que a crise sanitária causada pelo novo coronavírus é insuficiente ao acolhimento do pedido de liberdade, e que, embora demonstrado que o paciente pertenceria ao grupo de risco para a patologia, não restou comprovado que o local da sua custódia estivesse inapto a prover quaisquer cuidados necessários.

A Segunda Turma do STF, de sua vez, negou provimento ao Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 198.016/SP¹¹⁰, também por unanimidade de votos e nos termos do relator. Neste caso, o Ministro Relator Gilmar Mendes asseverou que esta Turma da Suprema Corte firmou entendimento para excluir do âmbito de beneficiários para receber prisão humanitária motivada pela pandemia de covid-19 àqueles que, ao menos em tese, cometeram crimes com violência ou grave ameaça.

Assim, podemos sintetizar um entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal acerca do instituto da prisão preventiva ao tempo da pandemia de covid-19 como um posicionamento garantista da medida cautelar extrema. Isso significa dizer que para a Suprema Corte os pressupostos legais da prisão preventiva devem sempre ser analisados com preponderância sobre os novos argumentos favoráveis à liberdade provenientes da crise sanitária e da situação precária dos presídios nacionais.

O STF, contudo, nunca deixou de reconhecer a gravidade da situação da população carcerária brasileira, que ficou ainda mais extrema a partir do ano de 2020; ocorre que todos os ministros, seja individualmente, seja nas decisões colegiadas das Turmas da Suprema Corte, entenderam que não caberia à corte constitucional a avaliação de cada caso concreto que lhes fosse apresentado nestas particularidades. Assim, segundo o STF, a pandemia de covid-19 pode – e deve – ser levada em consideração no momento do juízo quanto à decretação/revogação/manutenção da prisão preventiva, sempre encarando a Recomendação nº 62 do CNJ como sugestão; ou seja, a decisão final sobre a custódia cautelar continua sendo de competência do juiz originário da causa, que deverá avaliar todas as circunstâncias envolvidas, mas sempre decidindo de acordo com a lei e de maneira devidamente fundamentada.

¹⁰⁹ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6152433>; acesso em 25-02-2023, às 17h30.

¹¹⁰ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6114964>; acesso em 25-02-2023, às 18h.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, ressalta a importância de se realizar uma avaliação caso a caso, levando em conta a situação individual de cada preso (o que inclui o resguardo a sua saúde) e a necessidade de se assegurar algum dos pressupostos legais da prisão preventiva, como a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal.

Outrossim, em que pese a conclusão de que os Ministros da Suprema Corte encontraram um posicionamento unânime a ser seguido nas decisões envolvendo a matéria de prisão preventiva em um contexto de crise sanitária, entendemos ser pertinente destacar alguns outros pontos específicos de cada decisão analisada – não necessariamente pontos referentes à pandemia de covid-19 – mas considerações importantes dos julgadores constitucionais no momento de decidir sobre a aplicabilidade da prisão preventiva. Neste sentido, segue abaixo uma tabela comparativa contendo *a ratio decidendi* diferencial de cada decisão anteriormente analisada:

MINISTRO	<i>RATIO DECIDENDI</i> DIFERENCIAL DA DECISÃO
CELSO DE MELLO	Concessão da liberdade apenas para o acusado com participação de menor importância
MARCO AURÉLIO	Concessão da liberdade por excesso de prazo para a formação da culpa
RICARDO LEWANDOWSKI	Manutenção da prisão preventiva calcada na quantidade expressiva de entorpecentes apreendidos como fundamento idôneo para o decreto cautelar
LUIZ FUX	Não conhecimento do HC Coletivo em razão da generalidade dos pedidos, mas concessão parcial da ordem, de ofício, para determinar que as autoridades coatoras observassem a Recomendação nº 62 do CNJ
CÁRMEN LÚCIA	Declaração que a condição de pai de uma criança de 2 anos de idade não garante a concessão automática do benefício da prisão domiciliar, sendo necessária a comprovação de que o paciente seja o único responsável pelo menor
ROSA WEBER	Nega competência do STF para decidir sobre a situação individual de cada pessoa encarcerada

GILMAR MENDES	Denegação de provimento ao recurso por inexistência de ilegalidade no decreto preventivo, mas determinação que o juízo de origem reavalie a prisão cautelar do paciente considerando a Recomendação nº 62 do CNJ
EDSON FACHIN	Consideração de que em casos envolvendo crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa o ônus argumentativo em relação à periculosidade concreta do agente é menor
DIAS TOFFOLI	Consignação de que havendo provas de que o paciente não se preocupava com a contaminação pelo novo coronavírus antes do cárcere, participando voluntariamente de eventos fechados com aglomeração de pessoas, não há que se falar nessa preocupação quando custodiado
LUÍS ROBERTO BARROSO	Pessoa jovem, que não comprove fazer parte de grupo de risco para a covid-19, não faz jus à concessão de liberdade nestes termos
ALEXANDRE DE MORAES	A periculosidade do agente, evidenciada pelo modus operandi na prática do delito, justifica a prisão preventiva para garantia da ordem pública
NUNES MARQUES	Idônea a decisão que decreta a prisão preventiva do paciente em razão de ser o mesmo, supostamente, integrante de organização criminosa
ANDRÉ MENDONÇA	A apreensão de expressiva quantidade de drogas na posse dos pacientes é fundamentação idônea para o decreto cautelar, pois calcada em elementos concretos e não na gravidade em abstrato do delito

Fonte: Elaboração própria.

CONCLUSÃO

Da presente monografia, cujo objeto principal de estudo foi o posicionamento da Suprema Corte acerca do instituto da prisão preventiva ao tempo da pandemia de covid-19, podemos extrair, como resultado principal, o posicionamento garantista do STF quando da aplicabilidade da segregação cautelar.

Vimos ao longo do trabalho como a prisão preventiva é conceituada tanto pela doutrina como pela legislação, ao passo que o referido instituto é entendido como a mais extrema das medidas cautelares, sendo, portanto, a *ultima ratio*, a ser aplicada somente quando outros recursos se mostrarem insuficientes, e devendo sempre ser aplicada respeitando os seus princípios regentes (da jurisdicionalidade e fundamentação das decisões, do contraditório, da provisionalidade, da provisoriedade, da excepcionalidade e da proporcionalidade).

Ainda, destrinchamos as normas processuais penais atinentes à prisão preventiva, entendendo como a nossa legislação pátria se porta diante deste instituto, sendo responsável por estabelecer seus pressupostos e requisitos, dos quais se destacam o a necessidade da presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Na sequência, demonstramos que, a partir do ano de 2020 com a chegada do novo coronavírus ao mundo, iniciaram-se diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da aplicabilidade da prisão preventiva em face da crise sanitária. Em suma, percebemos que surgiram dois grupos com posicionamentos distintos quanto ao decreto cautelar extremo ao tempo da pandemia de covid-19; enquanto um se mostrava mais relativista, entendendo que a tutela da saúde deveria preponderar sobre outras questões e, por conseguinte, sendo mais propenso a conceder a liberdade provisória, o outro grupo adotava critérios mais garantistas, determinando que a Lei fosse aplicada independentemente de circunstâncias excepcionais, pautando o decreto cautelar ou a concessão da liberdade sempre pela legalidade e deixando os argumentos atinentes à crise sanitária no máximo como reforço argumentativo. Ainda, verificamos que anos antes da pandemia o STF já havia se manifestado no sentido de que o Sistema Penitenciário Nacional se encontrava em um ‘Estado de Coisas Inconstitucional’ justamente em virtude dos seus crônicos problemas estruturais e sanitários, decorrentes, principalmente, da superlotação das casas prisionais ocasionada pela denominada ‘cultura do encarceramento’.

Assim, a partir da compreensão daquela divergência, decidimos investigar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicabilidade da prisão preventiva ao tempo da pandemia de covid-19, objetivando, neste sentido, verificar em que corrente os seus respectivos ministros se encontravam, ou, ainda, se estes se posicionaram em correntes divergentes entre eles ou se a Suprema Corte apresentava uma solução unânime à controvérsia discutida, bem como se esta se manteve íntegra às suas declarações anteriores sobre as inconstitucionalidades enraizadas no sistema penitenciário brasileiro.

Conforme o exposto ao longo desta monografia, concluímos que todos os ministros apresentaram argumentações convergentes, adotando a tese mais garantista para decidir sobre a prisão preventiva durante o estado de calamidade resultante da proliferação do novo coronavírus, definindo de maneira unânime que os pressupostos legais da medida cautelar preponderam sobre os argumentos provenientes da pandemia. Isso não significa dizer que o STF deixou de reconhecer a gravidade destas circunstâncias excepcionais, eis que, inclusive, destacaram ao longos das suas decisões o teor da Recomendação nº 62 do CNJ; contudo, a Suprema Corte definiu que a análise acerca dessas particularidades no momento da decisão sobre a aplicabilidade da prisão preventiva é mais adequada quando realizada pelo julgador originário da causa, que possui maior proximidade com as questões de fato e podem decidir com maior precisão sobre a (des)necessidade da medida cautelar extrema, deixando a intervenção da corte constitucional apenas para casos de flagrantes ilegalidades.

Neste ponto, apesar de reforçar a competência do magistrado de primeiro grau, o Supremo Tribunal Federal teceu algumas considerações atinentes à ponderação entre a tutela da saúde e a da segurança da coletividade. Entenderam os ministros do órgão judiciário maior que apenas o enquadramento do agente ao grupo de risco para a doença não seria motivo suficiente para superar os requisitos que calcaram a sua segregação, devendo sempre ser demonstrado, de maneira concomitante a isso, a incapacidade do estabelecimento prisional no qual aquele esteja recolhido de lhe fornecer o atendimento médico necessário. Assim, a liberdade sustentada nesses termos só seria possível quando o custodiado fosse comprovadamente integrante ao referido grupo de risco, e, ao mesmo tempo, quando demonstrasse que o local do seu cárcere não é capaz de lhe prover a assistência necessária, sendo ambos estes requisitos pendentes de prova documental idônea.

Assim, em que pese as declarações da Suprema Corte, ainda no ano de 2015, considerando que o Sistema Penitenciário Nacional se encontra em um ‘Estado de Coisas

Inconstitucional’, elencando diversos problemas estruturais e sanitários que já assolavam as casas prisionais brasileiras, parece-nos que, a partir do ano de 2020, foram esclarecidos os motivos pelos quais levaram o STF a fazer tais declarações. Neste sentido, o referido reconhecimento se restringiria apenas a declarações para instigar os demais Poderes a se atentar melhor à situação calamitosa em comento, mas não se valendo de eficácia para de fato resolver tais inconstitucionalidades, ao passo que os julgadores constitucionais continuaram a decidir pela manutenção das prisões preventivas com base na legislação vigente, independente do contexto de crise sanitária latente.

O presente trabalho, portanto, apresentou o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do instituto da prisão preventiva quando confrontado com uma situação excepcional de crise sanitária, aderindo a Suprema Corte à corrente garantista que, sem deixar de reconhecer a gravidade das circunstâncias calamitosas, determinou que os pressupostos legais preponderaram sobre os novos argumentos surgidos neste momento, mas sem desconsiderá-los por completo. Assim, apesar de, ao menos em tese, a pandemia do novo coronavírus já ter chegado ao seu fim, podemos inferir que conhecer as considerações da Corte Constitucional neste tema são de suma importância, inclusive para antever seu posicionamento em possíveis novas situações de calamidade pública análogas àquela.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Código de Processo Penal.**, Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 19/03/2023, às 14h.

BRASIL, **Código Penal**, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19/03/2023, às 14h.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação 62/2020**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 29/01/2023, às 15h.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19/03/2023, às 19h.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 21**: “Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução” (TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 06/12/1990, DJ 11/12/1990, p. 14873).

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 52**: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo” (TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 17/09/1992, DJ 24/09/1992, p. 16070).

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 243**: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano” (CORTE ESPECIAL, julgado em 11/12/2000, DJ 05/02/2001, p. 157).

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus Coletivo 596.186/DF**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julgado em 23/02/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica®istro=202001692508>. Acesso em 19/03/2023, às 15h.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus 565.799/RJ**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Julgado em 19/05/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000614400&dt_publicacao=27/05/2020. Acesso em 29/01/2023, às 18h30.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Recurso em Habeas Corpus 122.966/CE**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 20/03/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202000134677. Acesso em 19/03/2023, às 15h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Julgado em 09/09/2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 29/01/2023, às 17h.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 182.782/GO**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 27/04/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5878489>. Acesso em: 12/02/2023, às 07h.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 186.185/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 29/06/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5921049>. Acesso em 11/02/2023, às 08h.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 193.435/SP**. Relatora: Min. Rosa Weber. Julgado em 24/11/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6036659>. Acesso em 11/02/2023, às 17h30.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 194.540/SP**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em 03/12/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6058183>. Acesso em 18/02/2023, às 16h.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 201.971/AP**. Relator: Min. Nunes Marques. Julgado em 24/06/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6178062>. Acesso em 19/02/2023, às 14h.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 208.479/CE**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em 05/11/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6292282>. Acesso em 11/02/2023, às 11h30.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 216.160/SP**. Relator: Min. André Mendonça. Julgado em 16/10/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6416415>. Acesso em 19/02/2023, às 15h30.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Petição 8.637/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 14/05/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5831477>. Acesso em 05/02/2023, às 07h30.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Constitucionalidade 43**. Julgado em 07/11/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em 19/03/2023, às 15h.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Constitucionalidade 44**. Julgado em 07/11/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>. Acesso em 19/03/2013, às 15h.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Constitucionalidade 54**. Julgado em 07/11/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em 19/03/2023, às 15h.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.581/DF**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em 09/03/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6027154>. Acesso em 22/01/2023, às 18h.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.582/DF**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em 09/03/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6027729>. Acesso em 22/01/2023, às 18h.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Habeas Corpus 200.415/RS**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 08/06/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6152433>. Acesso em 25/02/2023, às 17h30.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 192.405/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 13/10/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6021321>. Acesso em 04/02/2023, às 15h30.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 194.114/RJ**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em 23/03/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6050774>. Acesso em 18/02/2023, às 10h.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 194.583/ES**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 09/12/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6058677>. Acesso em 19/02/2023, às 10h30.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 198.155/SC**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 10/03/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6117296>. Acesso em 18/02/2023, às 09h.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 208.960/AM**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em 17/11/2021. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6298147>. Acesso em 19/02/2023, às 08h30.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus 198.016/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 24/05/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6114964>. Acesso em 25/02/2023, às 18h.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula 691**: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1480#:~:text=N%C3%A3o%20compete%20ao%20Supremo%20Tribunal,tribunal%20superior%2C%20indefere%20a%20liminar>. Acesso em 19/03/2023, às 15h.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula 723**: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2651#:~:text=N%C3%A3o%20se%20admite%20a%20suspens%C3%A3o,for%20superior%20a%20um%20ano>. Acesso em 19/03/2023, às 15h.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Tema de Repercussão Geral nº 1.068**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em 19/03/2023, às 15h30.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, Tribunal de Justiça (3ª Turma Criminal). **Habeas Corpus 07076586720208070000, Acórdão n 1243952**. Relator: Des. Jesuino Rissato. Julgado em 16/04/2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição, São Paulo, SaraivaJur, 2020.

LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 7ª Edição, São Paulo, SaraivaJur, 2022.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal**. 3ª Edição, Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786559643691. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643691/>. Acesso em: 19/03/2023.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça (5ª Câmara Criminal). *Habeas Corpus* **70085269553**. Relator: Des. Volnei dos Santos Coelho. Julgado em 20/08/2021.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar – Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Grupo GEN, 2014. *E-book*. ISBN 978-85-309-5816-9. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5816-9/>. Acesso em 19/03/2023, às 16h.