

DE CONTEMPORÂNEO, SOMENTE O ÍMPETO DO LEGISLADOR: DA DETURPAÇÃO DO REQUISITO DA CONTEMPORANEIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA DECRETAÇÃO DE PRISÕES PREVENTIVAS

CONTEMPORARY, ONLY THE IMPETUS OF THE LEGISLATOR: THE MISREPRESENTATION OF THE REQUIREMENT OF CONTEMPORANEITY BY THE BRAZILIAN JUDICIARY IN THE DECREE OF PREVENTIVE DETENTION

Andersson Vieira¹  

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Brasil
andersson@anderssonvieira.adv.br

Juliano Astor Corneau²  

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Brasil
juliano@anderssonvieira.adv.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.13272943>

Resumo: Trata-se de estudo que visa debater a utilização do requisito de fatos novos e contemporâneos na aplicação de prisões preventivas pelo Poder Judiciário brasileiro. Como problema de pesquisa, questiona-se se estão corretas as decisões judiciais que, para determinar a prisão preventiva de um indivíduo, citam que a contemporaneidade diz respeito aos motivos que levaram à decretação da medida prisional e não ao momento da suposta prática delitiva. Como hipótese, sugere-se que decisões nesse sentido estão equivocadas e não encontram respaldo legal. Ao final, conclui-se que há uma distorção do conceito legislativo pelo Poder Judiciário, uma vez que o requisito da contemporaneidade ou fatos novos não se confunde com o *periculum libertatis*.

Palavras-chave: processo penal; prisão cautelar; decisão judicial.

Abstract: This is a study that aims to discuss the use of the requirement of new and contemporary facts in the application of preventive detention by the Brazilian Judiciary. As a research problem, it is questioned whether the judicial decisions that, in order to determine the preventive detention of an individual, cite that contemporaneity refers to the reasons that led to the decree of the prison measure and not to the moment of the alleged criminal practice. As a hypothesis, it is suggested that decisions in this sense are wrong and do not find legal support. In the end, it is concluded that there is a distortion of the legislative concept by the Judiciary, since the requirement of contemporaneity or new facts is not to be confused with *periculum libertatis*.

Keywords: criminal procedure; precautionary custody; court decision.

Contemple o leitor a seguinte situação jurídica-processual: a Polícia Civil passa a investigar determinado sujeito pela suposta prática de crimes que chegaram ao seu conhecimento. A investigação dura praticamente um ano e nada se apura além daquele fato inicialmente conhecido, ocorrido um ano antes. Mesmo assim, representa-se pela decretação da prisão preventiva e a medida prisional é decretada e imposta ao indivíduo.

Outra situação: o indivíduo responde a toda a ação penal em liberdade. Comparece a todos os atos processuais, não mantém

qualquer tipo de contato com testemunhas e demais réus e observa rigorosamente as medidas cautelares diversas impostas ao longo da ação penal. Depois de uma extensa instrução processual, que se arrastou por cinco anos, ao proferir a sentença e entender pela condenação desse indivíduo, o magistrado também decreta a prisão preventiva dele.

Em ambos os casos relatados, fica evidente que a prisão preventiva foi decretada por conta da prática de fatos passados e nada contemporâneos à decisão judicial. Disso não há dúvidas. Também

¹ Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Serra Gaúcha. Advogado. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0609778558601806>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5545-9666>.

² Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS. Bolsista CAPES. Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Serra Gaúcha. Advogado. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3203560401574983>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0455-3898>.

não parece haver dúvidas de que o requisito da contemporaneidade não foi respeitado em ambos os casos, o que, por consequência, leva ao questionamento a respeito da higidez da medida prisional e do entendimento firmado pelo magistrado que impõe ao indivíduo a segregação social por conta de fatos passados.

O problema é que, ao se recorrer de decretos prisionais como os relatados, seja pela via da impetração de *habeas corpus*, seja por outras ferramentas jurídicas disponíveis, lê-se em decisões proferidas pelas instâncias ordinárias e pelos tribunais superiores o argumento de que “a contemporaneidade diz com os motivos ensejadores da prisão preventiva e não o momento da prática supostamente criminosa em si” (Brasil, 2023). Com esse fundamento, afastam-se os argumentos apresentados por advogados que defendem em razões recursais e de *habeas corpus* a ausência de contemporaneidade dos fatos que ensejaram a decretação da prisão cautelar daqueles que lhes constituíram como procuradores.

Parece que pouco importa se a prisão cautelar ocorreu seis meses ou um ano depois da suposta prática delitiva. Às vezes, até mais. Na prática, independentemente do lapso temporal apresentado pelo advogado, imediatamente fulmina-se o argumento defensivo sob o mantra de que o risco contemporâneo diz respeito à periculosidade e aos riscos, e não ao momento em que ocorreu a prática delitiva atribuída ao agente. Para finalizar, praticamente dar um xeque-mate na defesa, cita-se um precedente nesse sentido como reforço. Pronto. A questão jurídica sob análise está resolvida e, por consequência, a segregação cautelar do indivíduo está mantida. Segundo o argumento invocado nas decisões, a contemporaneidade existe, porque, afinal de contas, há risco à garantia da ordem pública ou à instrução processual. Ou ainda à aplicação da lei penal (prêmio aqui à maior dedução já vista em se tratado de cautelares, mas tema para outro texto...). Enfim. Se há esse risco, melhor manter a prisão. E próxima. E assim vai se decidindo nessa linha de produção fabril que notadamente tem se tornado o Judiciário brasileiro — ponto que merece (mais) um estudo próprio.

A questão é que, apesar das decisões proferidas nesse sentido, ancoradas na suposta contemporaneidade do perigo ou do risco, parece haver um equívoco no entendimento firmado e utilizado de norte a sul no Judiciário brasileiro. Equívoco este, portanto, que leva à seguinte questão: o entendimento adotado em decisões judiciais no sentido de que a contemporaneidade diz com os motivos ensejadores da prisão preventiva e não com o momento da prática supostamente criminosa em si está atrelado à intenção do legislador e às normas processuais trazidas com a Lei 13.964/19?

A hipótese que se sobressai, obviamente, é a de que tal entendimento é totalmente deturpado e não encontra guarida naquilo que o legislador procurou trazer ao Código de Processo Penal com a reforma legislativa ocorrida em 2019. Essa hipótese, no entanto, carece de algumas confirmações, uma vez que é preciso compreender de fato a intenção legislativa e o que dizem as normas processuais penais sobre o tema.

O primeiro ponto leva à busca do termo contemporaneidade no Código de Processo Penal. Segundo informam dois dispositivos processuais penais (artigo 312, § 2º e artigo 315, § 1º), cabe ao órgão julgador, ao decretar a prisão preventiva, fundamentar o ato, além da existência de perigo, na “existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”, ou, pela segunda norma, “indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”. Ambos os textos dizem praticamente a mesma coisa. Mas afinal de contas, o que quis dizer o legislador ao inserir tais expressões nas alterações processuais?

Os dois textos processuais ganharam forma e foram inseridos na estrutura normativa a partir da Lei 12.964/19, oriunda do famigerado “Pacote Anticrime”, que, a despeito do caráter populista da intenção

reformista de seu criador-mor, de recrudescer o sistema criminal como um todo, alguns legisladores, em pontuais inserções e modificações, inseriram diversos dispositivos legais no projeto originário¹. Inúmeras alterações e inovações ocorreram, como a criação da figura do juiz das garantias, cadeia de custódia das provas e maior respeito às garantias fundamentais. Com isso, buscou-se “dar efetividade às garantias fundamentais e ao sistema processual acusatório, proibindo-se, por exemplo, que medidas cautelares sejam decretadas *ex officio* pelo magistrado” (Poll; Vieira, 2022, p. 94). E a inserção do requisito da contemporaneidade dos fatos para se decretar a prisão cautelar caminhou exatamente no mesmo sentido, de consolidação aos direitos constitucionais em matéria processual penal, dando-se maior tutela ao indivíduo investigado ou acusado criminalmente, proibindo, assim, que prisões preventivas sejam decretadas sem a existência de fatos novos, concretos e contemporâneos à decisão judicial.

Nota-se que em nenhum dos dispositivos o legislador falou em “contemporaneidade do perigo”. Não há menção alguma a riscos contemporâneos. Nos dois textos se fala em fatos novos ou contemporâneos e não a riscos novos ou contemporâneos. Não há margem para interpretação, até porque a questão inerente à periculosidade ou riscos está contida no § 2º do artigo 312, cujo texto também fala, antes da segunda parte, que “a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo [...]”.

Para além da demonstração do receio de perigo, ou da periculosidade, como queiram chamar, é imprescindível, portanto, a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a medida prisional (Badaró, 2021, p. 1.182-1.183). Nucci (2021, p. 694-695), em sua obra, faz uma distinção prática do que seria fato novo e fato contemporâneo. Para o autor, o fato novo é aquele que ocorre depois da prática do delito, quando, por exemplo, o acusado ameaça uma testemunha; já o fato contemporâneo diz respeito justamente àquele que foi praticado contemporaneamente à decisão judicial.

Por consequência, tem-se que são duas coisas distintas. Periculosidade e contemporaneidade não se confundem e não foi essa a intenção legislativa. O juízo de periculosidade está vinculado ao receio de perigo, medido, entende-se, pela necessidade e adequabilidade da medida (artigo 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal). Já o juízo quanto à contemporaneidade dos fatos diz respeito ao momento da prática delitiva. Logo, são coisas diversas, que não se confundem e só se comunicam em complementação, quando, por exemplo, há efetivo risco à instrução processual (necessidade da prisão) e os fatos são contemporâneos, praticados próximos à decisão judicial que determina a prisão preventiva.

Por isso, o que se percebe é que a contemporaneidade dos fatos é mais um critério trazido pelo legislador em relação à aplicação de medidas cautelares (Badaró, 2021, p. 1.182-1.183). O problema é que, a despeito de a norma falar em fatos novos e contemporâneos, o Poder Judiciário brasileiro parece insistir em fazer uma interpretação equivocada e dissociada da intenção legislativa. Se por um lado é um equívoco judicial prender alguém sem contemporaneidade dos fatos, mais ainda é, ao se falar nesse requisito, haver uma deturpação do seu conceito. A contemporaneidade deve ser dos fatos, e não do perigo. São requisitos completamente diferentes e que não podem ser deturpados e aplicados da forma como vem ocorrendo.

A resposta encontrada ao problema posto é a de que, apesar do entendimento contido em inúmeras decisões judiciais, a contemporaneidade necessária à decretação da prisão cautelar é referente aos fatos, que devem ser novos e concretos, e não ao indivíduo que se visa prender. Nesse cenário, ao se buscar prender alguém, “deve o juiz analisar a atualidade de forma a que a medida cautelar imposta ao acusado seja contemporânea ao delito imputado

a ele” (Dezem; Souza, 2020, p. 136). No mesmo sentido, pontua Badaró (2021, p. 1183) que “os fatos que justificam a prisão preventiva devem ser contemporâneos à decisão que a decreta”. Também no entendimento de Nucci (2021, p. 695), a prisão preventiva não pode ser alicerçada em fatos pretéritos muito antigos, não sendo crível que somente depois de meses da suposta prática delitiva é que se determine a medida prisional a alguém.

Não há contemporaneidade do perigo ou risco, porque, afinal de contas, essa nunca foi a intenção legislativa. Em nenhum momento da tramitação do projeto originário da Lei 13.964/19 ou das alterações inseridas no Código de Processo Penal falou-se em contemporaneidade do risco ou periculosidade do agente. Inclusive, não parece correta a interpretação dada por Lopes Jr. (2020, p. 641), para quem há o chamado princípio da atualidade do perigo, ao explicar que, para decretar uma prisão cautelar, “deve o juiz demonstrar, com base na prova trazida aos autos, a probabilidade e atualidade do *periculum libertatis*”. Outra voz dissonante ao entendimento aqui trazido é de Avena (2022, p. 950), cuja compreensão acompanha a criticada ideia de que a contemporaneidade é referente aos motivos que ensejaram a prisão, e não ao momento da suposta prática delitiva. Outro texto a ser citado é de Rosa (2021, p. 583), ao referir que, dentre as características da prisão cautelar se encontra a contemporaneidade, e que “os motivos devem ser atuais e objetivos”. O autor não fala nada além disso e não aprofunda o tema em sua obra. Contudo a interpretação que se pode dar é que segue a linha de Avena, ao fazer menção aos motivos da medida prisional e não ao fato de que a contemporaneidade no Código de Processo Penal é inerente aos fatos pelos quais se visa restringir a liberdade do indivíduo.

Com essas reflexões, pode-se dizer que houve uma distorção do conceito legislativo, confirmando-se a hipótese inicialmente sugerida, no sentido de que o entendimento empregado para manter prisões por fatos não contemporâneos ou novos é distorcido e

não possui respaldo naquilo que o legislador inseriu no Código de Processo Penal com a reforma legislativa ocorrida em 2019. Em razão disso, toda e qualquer decisão exarada no sentido de que “a contemporaneidade diz com os motivos ensejadores da prisão preventiva e não o momento da prática supostamente criminosa em si” não encontra resguardo legal. Trata-se de compreensão e aplicação totalmente incorreta daquilo que consta nas normas dos artigos 312, § 2º, 315, § 1º, ambos do Código de Processo Penal. Por isso, mais do que se dizer que há um risco à instrução processual ou à garantia da ordem pública — conceito que, de certo modo, também é bastante impreciso —, cabe ao órgão julgador evidenciar a existência de fatos novos e contemporâneos a justificar a prisão. Até porque, é bom assinalar, quando se trata de prisão preventiva, não se pode achar razoável que alguém seja preso muito tempo ou meses depois do fato. O passar do tempo torna a situação contraditória. Ou se prende logo após os fatos, evidenciando que se trata de decisão baseada em fatos novos ou contemporâneos, ou se cometerá uma ilegalidade flagrante.

Um adendo final: seguramente, nos casos apresentados nos parágrafos iniciais, a prisão cautelar imposta aos indivíduos é totalmente descabida e representa flagrante ilegalidade — seja em casos hipotéticos ou reais. Para além dos requisitos da necessidade e da adequabilidade da medida prisional, previstos no artigo 282 do Código de Processo Penal, devem se somar outros dois, o da existência de indícios suficientes de autoria e materialidade — o *fumus commissi delicti* — e a contemporaneidade dos fatos. Se os fatos não são novos ou recentes, se não houver contemporaneidade deles em relação à decisão judicial, a tríade da fundamentação do magistrado não estará completa e a medida prisional, por consequência, se revestirá de ilegalidade flagrante, devendo ser atacada, seja pela via do *habeas corpus* ou de seus consectários, como o recurso ordinário.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua

totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; eles também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplagio.

Como citar (ABNT Brasil)

CARVALHO, A. V.; CORNEAU, J. A. De contemporâneo, somente o ímpeto do legislador: da deturpação do requisito da contemporaneidade pelo Poder Judiciário brasileiro na decretação de prisões preventivas. **Boletim**

IBCCRIM, São Paulo, v. 32, n. 382, p. 15-17, 2024. <https://doi.org/10.5281/zenodo.13272943>. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1208. Acesso em: 1 set. 2024.

Notas

¹ Sobre o Pacote Anticrime: “A Lei Anticrime decorre do Projeto de Lei (PL) nº 10.372/2018, da Câmara Dos Deputados, que reuniu propostas oriundas e comissão coordenada pelo Ministro do STF, Alexandre de Moraes, no ano de 2018, bem como do Ministério da Justiça e Segurança Pública, em 2019. Neste último, recebeu a alcunha de ‘Pacote Anticrime’, que passou a ser propagada pela imprensa. O texto final aprovado, embora tenha regimentos gestados no Poder Legislativo, aproxima-se mais das proposições decorrentes da comissão citada do que as encampadas pelo

Governo Federal. Sua aprovação decorreu de costura política que retirou os aspectos mais controvertidos do texto, a ponto de ter o PL nº 10.372/2018 recebido 408 votos a favor, 9 contrários e 2 abstenções” (Dezem; Souza, 2020, p. 16). Em tom crítico ao Projeto de Lei: “Trata-se de um projeto que se legitima pela autoridade e não possui qualquer viés científico acadêmico, razão pela qual sua qualidade técnica é bastante questionável, desde o título, e baseada no empirismo argumentativo e na orientação utilitária meramente operacional” (Arruda; Santin, 2019, p. 26).

Referências

ARRUDA, Alexandre Almeida de; SANTIN, Giovanni. Projeto de Lei Anticrime: entre o punitivismo e o desprezo pelo conhecimento acadêmico. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 319, p. 26-27, 2019.
AVENA, Norberto. *Processo penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.
BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 809.469/SP. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em 22 maio 2023. Publicado em 26 maio 2023.
DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao Pacote Anticrime*: Lei 13.964/19. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
POLL, Roberta Eggert; VIEIRA, Andersson. A necessidade de contemporaneidade do *periculum libertatis* para a decretação de medidas cautelares sob a égide da Lei nº 13.964/19. In: OLIVEIRA JÚNIOR, Ivan Pareta *et al.* (Org.) **ACRIERGS 38 Anos**: temas contemporâneos da advocacia criminal. Florianópolis: Habitus, 2022. p. 83-110.
ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal estratégico*: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A. Florianópolis: Emais, 2021.

Recebido em: 04 06 2024. Aprovado em: 24 06 2024. Última versão dos autores: 01 08 2024.