

respectivamente” (Ibidem, p. 46). Em segundo lugar, o orçamento das defensorias frente às despesas de praxe, principalmente nos estados mais desafortunados, evidencia um certo pessimismo quanto à possibilidade da grande ampliação de funcionários especializados e de tecnologias para o implemento da investigação defensiva na defensoria pública de todo o território nacional. A título de exemplo, no estado de São Paulo, a baixa remuneração dos peritos contratados pela justiça gratuita na área civil já ensejou, inclusive, a recusa dos trabalhos pelo profissional, de tal forma que o magistrado teve de sugerir o pagamento dos honorários pelo próprio indivíduo beneficiário da justiça gratuita (GRILLO, 2016). Ainda, em virtude da alta demanda, naturalmente a defensoria pública não alcança plenamente a delicada fase de inquérito policial – onde se centra a maior quantidade de causas de erros judiciais (RODAS, 2018), o que resulta em uma redução irreversível do potencial defensivo da investigação para o acusado, na medida em que os atos realizados pela polícia judiciária, que são fiscalizados insuficientemente pelo Ministério Público³, são examinados pelo defensor público de modo muito sumário e indireto em comparação com a defesa privada.

5. Conclusão

Assim, em conclusão, o instituto da investigação defensiva traz em seu bojo uma espécie de seletividade processual defensiva, cuja expressão se encontra no favorecimento diretamente proporcional ao grau de poder econômico do acusado, tendo em vista o alto e crescente custo monetário de uma investigação eficiente. É que, dada a demonstrada deficiência da defensoria pública para bem lidar com o referido instituto, a consequente insuficiência de amparo ao imputado à mercê da instituição resultará em um aprofundamento da já existente desigualdade jurídica no processo penal entre ricos e pobres. Desse modo, ao municiar, assimetricamente, diferentes acusados frente ao poder acusatório, inviabilizando a democrática efetivação da isonomia processual, se produz uma desigual paridade de armas. Por fim, frente a essa prática defensiva relativamente inovadora no processo penal, é preciso lutar pelo fortalecimento da defensoria pública, que é a expressão e o instrumento da democracia, e, como bem apontou **Aury Lopes Jr.**, urge, por conseguinte, potencializar o lugar de fala do réu hipossuficiente (2017, p. 1104) para que a paridade de armas também o alcance por meio do instituto da investigação defensiva.

NOTAS

- ¹ “Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditório seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.” (FERRAJOLI, 2002, p. 490).
- ² “O contraditório é visto em duas dimensões (informazione e reazione), como

direito a informação e reação (igualdade de tratamento e oportunidades).” (LOPES Jr., 2019, p. 42).

- ³ “Pouco mais de 30%, portanto, dedicavam-se exclusiva ou parcialmente ao controle das atividades policiais. Em suma, além de 15 dos 27 websites do MP não a mencionarem, além de não ser percebida como prioritária por 88% dos entrevistados e além de receber a pior avaliação quanto à qualidade do trabalho do órgão, a área sequer é contemplada nas atividades de 70% dos membros da instituição.” (2016, p. 38).

Referências

AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 137, p. 7, abr. 2004.

BRASIL. Ministério da Justiça. *IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015.

BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 305, p. 8, abr. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRILLO, Brenno. Peritos se negam a trabalhar por honorários pagos pela Defensoria. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 19 out. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-19/peritos-negam-trabalhar-honorarios-pagos-defensoria>. Acesso

em: 29 set. 2020.

LEMGRUBER, Julita; RIBEIRO, Ludmila; MUSUMECI, Leonarda; DUARTE, Thais. *Ministério Público: guardião da democracia brasileira?* Rio de Janeiro: CESeC, 2016.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES Jr., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

RODAS, Sérgio. Criminalistas analisam principais causas de erros judiciais e suas consequências. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 9 set. de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-06/criminalistas-analisam-principais-causas-erros-judiciais>. Acesso em: 29 set. 2020.

Recebido em: 02/11/2020 - Aprovado em: 03/01/2021 - Versão final: 14/01/2021

NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE: UM AVANÇO CIVILIZATÓRIO

THE NEED TO JUSTIFY PRE-TRIAL DETENTION AND THE LAW OF ABUSE OF AUTHORITY: A CIVILIZING ADVANCE

André Lozano Andrade

Mestre em Direito Penal pela PUC-SP e especialista em direito e processo penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito Penal e de Processo Penal da Universidade São Judas Tadeu. Conselheiro de prerrogativas da OAB/SP e conselheiro da FADDH. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1618181411084497>

ORCID: 0000-0003-4029-2039

andre@jacoblozano.com.br

Resumo: Ao impor novas regras para a prisão preventiva, o legislador estabeleceu que o juiz deve respeitar tanto os limites formais como materiais. Nesse sentido há um avanço, pois se explicitou quais os critérios materiais que devem ser observados, tal como a contemporaneidade ou a proibição de fundamentação genérica. Ficou claro quais fundamentações seriam inidôneas. Se vista em conjunto com a Lei de Abuso de Autoridade, ao impor uma pena àqueles que decretam a prisão preventiva manifestamente ilegal, mostra um avanço ao impor uma barreira ao poder punitivo, pois limita o poder do juiz, que também é um agente estatal, mas sempre deixando claro quais seriam as hipóteses de decretos prisionais manifestamente ilegais.

Palavras-chave: Prisão Preventiva, Abuso de Autoridade.

Abstract: In imposing new rules for pre-trial detention, the legislator established that the judge must respect both formal and material limits. In this sense, there is an advance, because it was made explicit which material criteria must be observed, such as contemporaneity or the prohibition of generic reasoning. It was clear which grounds were untrue. Seen in conjunction with the Law of Abuse of Authority, imposing a penalty on those who decree preventive detention that is manifestly illegal, it shows an advance in imposing a barrier to the punitive power, as it limits the judge power, which is also a state agent, but always making it clear what the chances of prison decrees would be manifestly illegal.

Keywords: Preventive Detention, Abuse of Authority.

No início de 2020 entraram em vigor duas leis de extrema relevância para o sistema penal brasileiro, a nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019) e a Lei Anticrime (Lei 13.964/2019). Ambas foram aprovadas em meio a muitas discussões e controvérsias. Enquanto a Lei de Abuso de autoridade era criticada por setores conservadores e corporativistas, que não aceitam um maior controle dos órgãos de persecução penal, em especial dos agentes de segurança pública, a Lei Anticrime enfrenta críticas tanto de setores progressistas, que enxergam nela pontos autoritários (p. ex., aumento do tempo máximo de cumprimento de pena para 40 anos), como de setores conservadores, que resistem a avanços rumo a um sistema penal plenamente acusatório ou que efetivem a proteção aos Direitos Humanos (p. ex., juiz de garantias).

Apesar das polêmicas, encontram-se avanços rumo a um sistema penal democrático e respeitador das liberdades individuais e dos direitos dos cidadãos. A nova regulação da prisão preventiva é um dos pontos em que é possível verificar um cuidado com os direitos do acusado. Inegável que há pontos de retrocesso e falta de técnica, como no caso do § 2º, do art. 310 do CPP, que é flagrantemente inconstitucional, pois proíbe liberdade provisória para reincidentes, membros de organizações criminosas armadas ou milícias e para quem porta arma de fogo de uso restrito por afrontar a presunção de inocência. Mas no que tange às medidas cautelares pessoais, especialmente a prisão preventiva, houve mais avanços do que retrocessos, conforme veremos a seguir.

O legislador acertou ao inserir no CPP a audiência de custódia, ao deixar claro que a prisão preventiva não pode ser decretada de ofício e, apesar de não estabelecer um prazo máximo para duração da prisão preventiva, impõe ao juiz a revisão da medida a cada 90 dias.

Porém, um dos méritos pode ser visto ao analisar o art. 9º da Lei de Abuso de Autoridade em conjunto com a nova redação dos dispositivos relativos à prisão preventiva, especialmente àqueles que se referem à obrigatoriedade de fundamentação, que deve se basear em fatos concretos (art. 312 §2º, do CPP). O art. 315 do CPP, além de repetir a necessidade de fundamentação em elementos concretos, também indica o que não é uma decisão fundamentada. Apesar da necessidade de fundamentação já ser prevista na antiga redação do dispositivo legal, as expressões garantia da ordem pública e da ordem econômica, por serem conceitos demasiadamente vagos e indeterminados podem justificar quase toda situação em que o magistrado deseje prender o acusado, mesmo sem a presença do *periculum libertatis*.¹ Devido à maleabilidade dos conceitos, não se estranha que os presos sem qualquer condenação ultrapassem 30% da população carcerária² e, em casos de acusações como tráfico de drogas o percentual chega a 72,8%.³

Dois inovações na Lei Anticrime são de suma importância. A primeira trata de explicitar o que não é fundamentação idônea,

deixando claro que fundamentações genéricas, que não enfrentem os argumentos trazidos pela defesa ou que contrariem súmula ou precedente jurisprudencial não são aceitáveis para decretação da prisão preventiva. Soma-se a isso o novo texto legal também explicitar que a decisão que impõe a prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar deve indicar os fatos novos ou contemporâneos que evidenciem a necessidade da medida.

Aliado à nova redação dos dispositivos que regulamentam a prisão preventiva, o art. 9º da Lei de Abuso de Autoridade inovou ao criminalizar a conduta do juiz que determina a prisão preventiva em manifesta desconformidade com as hipóteses legais. O dispositivo é uma norma penal em branco, necessitando de complementação. Essa complementação é trazida pelos arts. 313 (aspectos formais), 315, §2º (aspectos materiais), ambos do CPP. É no § 2º, do art. 315, do CPP que há um dos grandes avanços trazidos pela Lei Anticrime, pois explicita-se o que não se considera decisão fundamentada, permitindo o controle material. Evidencia-se que uma decisão manifestamente ilegal também será aquela carente de fundamentação ou com fundamentação genérica.

Como já tratado, as expressões garantia da ordem pública e econômica são muito vagas, de modo que a interpretação desses termos deve ser feita a partir do *periculum libertatis*, de modo que essas expressões devem ser utilizadas quando for constatado haver grande probabilidade do acusado cometer novos crimes caso não seja privado de liberdade. Já a utilização da prisão preventiva para garantir a ordem pública ou econômica baseada na gravidade do delito, modo de cometimento do crime ou repercussão do delito junto à sociedade será antecipação da pena, pois nos dois primeiros casos há a antecipação do julgamento e da pena, e no último ocorre a utilização do aparato estatal para linchamento público, situações incompatíveis com a ordem constitucional brasileira.

Não obstante, é comum que prisões preventivas sejam decretadas sob tal argumento, a pretexto de que o acusado possa voltar a delinquir, mesmo sendo primário.⁴ Se a decisão deve se basear em elementos concretos, serão poucos os casos em que, tratando-se de réu primário, a possibilidade de reiteração criminosa possa ser utilizada como óbice à liberdade do acusado. O réu primário, via de regra, não demonstra fazer do crime seu meio de vida. A alegação de garantia da ordem pública a um acusado primário e portador de bons antecedentes comumente busca antecipar a pena, o que contraria a Constituição e, agora, com o § 2º, do art. 313 do CPP. Falseia-se a motivação real, "*ocultando dolosamente as efetivas razões de decidir*"⁵ para legitimar prisões preventivas sem os fundamentos reais, em desconformidade com as determinações legais e princípios penais e processuais penais democráticos.⁶

Em que se diferencia uma prisão preventiva determinada com base em argumentos genéricos, sem alicerce em elementos concretos, e

o crime de sequestro e cárcere privado (art. 148 do Código Penal)? A diferença está apenas em quem profere a ordem de retirada da liberdade. Pela nova redação dos dispositivos que regulam a prisão preventiva fica cristalino que, para ser legítima a decisão judicial deve trazer elementos capazes de demonstrar, de forma segura, que o indivíduo apresenta risco de impor barreiras ao normal andamento do processo, risco de fuga ou grande probabilidade de voltar a delinquir. A primariedade, por si só, não proíbe a segregação preventiva, mas, para que seja decretada a prisão com fundamento na ordem pública ou econômica, os indícios de que há grande probabilidade de reiteração criminosa devem saltar aos olhos, sob pena de utilizar-se o aparato estatal para segregar a liberdade de um cidadão ilegalmente.

A conduta do juiz que decreta a prisão preventiva sem a presença dos requisitos legais é extremamente reprovável, pois, diferentemente dos demais cidadãos, o juiz representa um dos três pilares essenciais ao Estado Democrático, o Poder Judiciário. Ao descumprir a lei e atentar contra a liberdade do cidadão, ele passa a mensagem de que o Estado não deve respeito ao Direito.

Ao que parece, o legislador buscou uma maior limitação no que tange ao cerceamento da liberdade. Buscou a contenção e regulação do poder estatal, que, se não controlado, tenderá para o autoritarismo e cobrará inúmeras vítimas, como a história já demonstrou diversas vezes.⁷ Ao deixar claro que a prisão com ausência de fundamentos idôneos é uma prisão ilegal, explicita-se quais fundamentos seriam inidôneos para a decretação da prisão preventiva, retirando-lhe a roupagem de ato legal.⁸

Ao expor as hipóteses em que não se considera fundamentação idônea, preenche-se uma lacuna legal, deixando claro ao julgador que todos os elementos (formais e materiais) da prisão devem estar presentes, o que contribui para criação de “um complexo sistema de garantias penais e processuais penais a partir do indivíduo e em favor dele, contra outros indivíduos e contra o Estado”⁹ ao impor regras claras para que o julgador possa fundamentar adequadamente suas decisões, prendendo ou soltando o acusado. Demonstra-se que todos os aspectos referentes à prisão preventiva devem ser respeitados, impondo a obrigatoriedade de fundamentação idônea capaz de apontar o *periculum libertatis* no caso concreto.

Imputar o crime de sequestro a um juiz por não fundamentar adequadamente uma decisão ou utilizar argumentos genéricos certamente seria considerado analogia *in malam parte*. Mas, com o avanço legislativo do trazido pela nova redação do art. 316, § 2º, do CPP, explicitou-se a ilicitude em retirar a liberdade de um cidadão

sem a existência de motivação idônea. Ou seja, a mera aparência de legalidade – por se tratar de ordem judicial – não transforma em lícita uma prisão preventiva carente de fundamentação. Já o art. 9º da Lei de Abuso de Autoridade preencheu o requisito da taxatividade, deixando livre de qualquer dúvida que tal ordem não será apenas ilegal, mas também criminosa.

A independência judicial deve sempre se referir a decisões que respeitem a legalidade, não podendo ser argumento para ataques contra as liberdades individuais. Independência judicial não é um cheque em branco que permita ao julgador tomar decisões que contrariem a lei e, principalmente, afrontem os direitos humanos. De forma alguma a independência do julgador pode ser confundida com irresponsabilidade absoluta. Limitar o poder estatal, entre eles o poder do juiz, é um requisito de democracias, onde todos devem respeito à lei, especialmente os agentes estatais. Não é por outro motivo que Ferrajoli ensina que “em casos de violações intencionais da lei é justo que o magistrado responda penalmente”.¹⁰

Também não se pode dizer que a criminalização da conduta do juiz que prende um cidadão sem os requisitos legais trata-se de neopunitivismo ou é desnecessária. Ela respeita os princípios do direito penal ao punir uma conduta de extrema gravidade, utilizando-se do “Direito Penal para conter os abusos de poder ne repressão da população oprimida”.¹¹ A Democracia precisa se munir de instrumentos de proteção ao cidadão frente ao poder dos representantes estatais e do poder punitivo.

A lei de abuso de autoridade inova ao impor uma reprimenda adequada àqueles agentes públicos que de alguma forma violam, de forma clara, manifesta, as regras e as garantias processuais. Ela vai além da anulação do ato e de aplicar uma pena àqueles agentes estatais que, dolosamente, atuam ilegalmente. Ao que parece, para garantir o respeito ao devido processo legal e às liberdades individuais não é suficiente a ameaça de anulação dos atos praticados; é necessário também “desencadear a perseguição penal contra os infratores”.¹²

Espera-se que a Lei Anticrime não sirva apenas para dar corpo a medidas que aumentem a incidência do poder punitivo, como pretendia o Poder Executivo quando enviou o projeto de lei ao Congresso. Espera-se que algumas novidades, entre elas o respeito à cadeia de custódia, o juiz de garantias e a nova regulação das prisões preventivas sirvam a um processo penal democrático, voltado para a proteção das garantias do cidadão contra arbítrios estatais.

NOTAS

- 1 LOPES JR. Aury. *Prisões cautelares*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 92/96
- 2 BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN* - junho de 2017. 2017.
- 3 SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2019. p. 281
- 4 STJ HC 468229/MS; STJ HC 455571/RS; STF HC 98754 / TJSP HC Criminal 2284848-38.2019.8.26.0000; TJRJ HC 0079710-06.2019.8.19.0000
- 5 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 152
- 6 CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um processo penal democrático. In: MACHADO, Bruno Amaral (coord.). *Justiça criminal e democracia*. São Paulo: Marcial Pon. 23-58, p. 50
- 7 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Doctrina penal nazi*. Buenos Aires: Ediar. 2017. p. 30
- 8 NICOLLIT, André. STF: execução provisória da pena e suas razões subjacentes. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano. 25, n. 290, p. 7-8, jan. 2017. p. 8
- 9 WUNDERLICH, Alexandre; OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. *Resistência, prática*

de transformação social e limitação do poder punitivo a partir do sistema de garantias: pela (re)afirmação do garantismo penal na contemporaneidade. In WUNDERLICH, Alexandre (coord.). *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008. 63-72, p. 22.

- 10 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do Garantismo penal*. 3. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 2010, p. 552
- 11 SANTOS, Juarez Cirino dos. Lei de abuso de poder ou de proteção da autoridade? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano. 28, n. 328, p. 19-22, mar. 2020. p. 22.
- 12 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Prova lícita e a responsabilidade pelo abuso de autoridade. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio. *Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos pelo seu 70º Aniversário*. Curitiba: LedZe. 2012. p. 1177-1198, p. 1189