

# NOTAS CRÍTICAS SOBRE A “GRAVIDADE CONCRETA” COMO FUNDAMENTO DE PRISÕES PREVENTIVAS

CRITICAL NOTES TO “CONCRETE GRAVITY” AS THE BASIS FOR PRE-TRIAL DETENTION

## Lucas Arie Bezerra Medina

Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia ICPC.

Advogado criminalista.

Link lattes: <http://lattes.cnpq.br/4620259090953642>

ORCID: 0000-0002-7706-6169

[lucas@fabriziofeliciano.adv.br](mailto:lucas@fabriziofeliciano.adv.br)

## Fabrício Antônio de Araújo Feliciano

Advogado criminalista

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8353322528729825>

ORCID: 0000-0002-1374-0521

[fabrizio@fabriziofeliciano.adv.br](mailto:fabrizio@fabriziofeliciano.adv.br)

**RESUMO:** O artigo questiona a utilização da “gravidade concreta” como argumento para fundamentar prisões preventivas. Inicialmente, contextualiza-se a relevância de se pensar critérios rigorosos para imposição desta cautelar, dados o cenário de crise do sistema prisional e a necessidade de compatibilizar este instituto com a doutrina e a lei processual penal. Em seguida, defende-se que esta tese, na linha em que vem sendo sustentada na prática forense, conflita com o princípio da provisionalidade e com a exigência de atualidade dos fatos ensejadores destas. Por último, procura-se interpretar a “gravidade concreta” considerando os requisitos discutidos no HC 143.333/STF.

**Palavras-chave:** Prisão preventiva; Gravidade concreta; Princípio da provisionalidade.

**ABSTRACT:** The article questions the employment of “concret gravity” as an argument to support pre-trial detention. Initially, it contextualizes the relevance of thinking about strict criteria for the imposition of this precaution given the scenario of crisis in the prison system and the need to reconcile this institute with the doctrine and criminal procedural law. Next, it argues that this thesis, in line with forensic practice, conflicts with the principle of provisionality and with the demands of actuality of the facts that give rise to them. Lastly, it aims to interpret the “concret gravity” considering the requirements discussed in HC’s 143.333/STF.

**Keywords:** Pre-trial detention; Concret gravity; Principle of provisionality.

## 1. Introdução

Há muito tempo o Brasil consolidou a catástrofe em seu sistema prisional do “Estado de Coisas Inconstitucional”<sup>1</sup> aos quase um milhão de presos e à terceira maior população carcerária do mundo<sup>2</sup>: os traços desta grande tragédia dos nossos tempos se veem por toda parte.

Curiosamente, embora estes problemas sejam reconhecidos pela Justiça brasileira, a prática forense tem, como regra, colaborado para agravar o cenário, lançando mão de argumentos inidôneos para se prender preventivamente a todo custo. Tomemos o exemplo das prisões preventivas, que constituem cerca de 33% do total das prisões brasileiras.<sup>3</sup>

Diante de número tão expressivo, deve-se criticar, com rigor, toda e qualquer banalização desta medida cautelar, cujos já rigorosos requisitos foram, recentemente, fortalecidos com o advento da Lei 13.964/2019.

Nesse sentido, o presente artigo pretende propor uma crítica de um dos fundamentos que vêm sendo recorrentemente usados como último recurso para se impor uma prisão preventiva, que é o argumento da “gravidade concreta” do delito. Sustentar-se-á que, no limite, este artifício confunde a gravidade do delito – que pode representar o pressuposto da fumaça do cometimento do delito – com o perigo da liberdade, acarretando a perda da necessidade de fundamentar esta cautelar à luz de perigos concretos, atuais ou contemporâneos, que emanem do estado de liberdade do imputado. Com efeito, o artigo procederá da seguinte forma: primeiramente, apontará que já existem elementos doutrinários e legais, que deveriam

conduzir a uma revisão ampla das prisões fundamentadas tão somente na “gravidade concreta”; em seguida, analisará o HC 143.333, julgado pelo Tribunal Pleno do STF, na tentativa de estabelecê-lo como métrica judicial para compreender quais elementos precisam estar presentes junto com a “gravidade concreta” para se aplicar a prisão cautelar preventiva; e, por fim, sintetizará os argumentos coletados.

## 2. A gravidade concreta na jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal na contramão da doutrina e da legalidade

É preciso admitir que, nada obstante o julgado que se apreciará mais à frente, a jurisprudência majoritária do Supremo tem se rendido ao reducionismo de equalizar “gravidade concreta” com necessidade da prisão preventiva, em especial nos casos de crimes submetidos ao rito do Tribunal do Júri e o crime de tráfico de drogas, o maior responsável pelo grande encarceramento brasileiro.<sup>4</sup>

Para se ter uma ideia, pesquisando na ferramenta de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal os 10 (dez) mais recentes julgados,<sup>5</sup> todos eles já no contexto da pandemia de COVID-19,<sup>6</sup> destacam-se três teses: (i) nenhum deles reverte a cautelar extrema; (ii) parte deles enuncia que a gravidade em concreto do crime e a periculosidade do agente seriam fundamentos idôneos para fundamentar a preventiva;<sup>7</sup> e (iii) tal periculosidade se evidenciaria pelo *modus operandi* do delito.<sup>8</sup>

Sobre o *modus operandi*, que aparentemente complementa a “gravidade concreta”, identificou-se que ele foi considerado suficiente para indicar a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, o que se extraiu das circunstâncias do caso concreto

(ex.: “a periculosidade concreta do acusado e o fundado risco de reiteração delitiva ante o modus operandi empregado na ação delituosa – em concurso de agentes, com emprego de arma de fogo, para fazer refém uma família em sua residência. Ficou comprovado, ainda, que o ora paciente foi o mandante do assalto, premeditado”).<sup>9</sup> Por sua vez, a gravidade concreta, em outro julgado também do Supremo, teria ficado evidenciada “pela apreensão de enorme quantidade de entorpecente (384kg de cocaína, no porto de Goia Tauro, Itália)”<sup>10</sup> a fim de “resguardar a ordem pública”, sem qualquer consideração adicional sobre perigo de reincidência ou periculosidade.

Noutro caso, em que pese o lapso de mais de 03 (três) anos de prisão preventiva para o julgamento pelo Tribunal do Júri, a maioria da Primeira Turma entendeu que o próprio fato (um homicídio tentado e um consumado, contra a companheira e contra a sogra respectivamente) apontaria “estar em jogo a preservação da ordem pública, ante a periculosidade, ao menos sinalizada”<sup>11</sup>, desconsiderando, ainda, as condições pessoais favoráveis ao custodiado.

Estes julgados exemplificam como a Suprema Corte tem chancelado a tese segundo a qual a “gravidade concreta” sempre se faria acompanhar de uma periculosidade (pressuposta) tal que causaria risco à ordem pública, razão pela qual estaria devidamente motivada a prisão preventiva. No entanto, ao passo em que esta compreensão reduz o perigo da liberdade à fumaça do cometimento do delito, torna impossível à defesa contraditar a idoneidade da medida preventiva por meio de fatos contemporâneos que atestem a inexistência de perigo por parte do imputado. Dito de outro modo: se o delito supostamente praticado é grave, dele emanaria um invariável perigo da liberdade à ordem pública, não admitindo qualquer argumento defensivo que buscasse demonstrar que tal perigo, a partir de fatos atuais, não subsiste, o que resulta na mudança de regra: da liberdade para a prisão.

Quer dizer: à luz do entendimento adotado pela Corte Suprema, toda pessoa investigada ou acusada por um crime de natureza grave poderia ser presa preventivamente, a despeito da observância dos requisitos objetivos para a decretação desta cautelar extrema. Não raramente as decisões sequer descrevem concretamente a conduta ensejadora da prisão, restringindo-se a citar elementos do delito em abstrato, como qualificadoras e causas de aumento.

Haveria, por obra deste raciocínio, não só a mudança da regra de tratamento decorrente do princípio da presunção de inocência,<sup>12</sup> e sim uma transformação do caráter cautelar da prisão para a prisão-pena, agora podendo ser imposta desde a data do suposto cometimento do delito, isto é, desde, por exemplo, a prisão em flagrante.

Não obstante, tal construção processual esbarra no princípio da provisionalidade, consoante o qual se faz “necessário que o *periculum libertatis* seja presente, não passado e tampouco futuro e incerto”,<sup>13</sup> nada mais é do que a necessária resposta, em forma de medida cautelar prisional, a uma conduta atual/contemporânea perigosa a qualquer dos pressupostos do art. 312,<sup>14</sup> causada pela liberdade do imputado.

Isto é, a prisão cautelar é situacional, “tutela fática presente”.<sup>15</sup> Embora já fosse imprescindível indicar o perigo da liberdade com fatos novos ou contemporâneos para justificar uma prisão preventiva consoante à doutrina e parte da jurisprudência, especialmente no Superior Tribunal de Justiça,<sup>16</sup> este requisito ganhou, enfim, *status* de legalidade expressa com a inclusão do §2º<sup>17</sup> do art. 312 e do §1º<sup>18</sup> do

art. 315, ambos do CPP, pela Lei 13.964/2019.

Portanto, se antes da alteração legal não se justificava sustentar um decreto de segregação cautelar preventivo a partir da mera “gravidade concreta” apartada de qualquer elemento denotador de perigo atual à ordem pública, com a assim chamada “Lei anticrime” isso ficou ainda mais incontroverso do ponto de vista teórico.

Ademais, no único julgado do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal sobre este assunto encontrado em pesquisa, percebem-se outros elementos, que se somam aos já mencionados e reforçam a tese de que a “gravidade concreta” não pode ser fundamento único a embasar uma prisão preventiva, conforme se verá a seguir.

### **3. O Habeas Corpus 143.333 e os parâmetros já empregados pelo Supremo Tribunal Federal**

No *habeas corpus* epígrafado, discutiu-se a possibilidade de se revogar a prisão preventiva imposta a ex-agente político condenado em primeiro grau, sendo que o decreto de segregação permaneceria sustentado por um suposto risco à ordem pública. Os fatos articulados nesta medida cautelar se referiam à alegada atuação, por parte do paciente, em favor de grande empresa do ramo da construção civil, função que teria sido desempenhada até “meado do ano de 2011”,<sup>19</sup> nada obstante a prisão tenha sido efetivada em 2016.

Logo, o principal ponto da defesa era a ausência de contemporaneidade entre o risco à ordem pública e a prisão preventiva, fundamento que está amparado, como se viu, na lei processual penal e na doutrina. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, manteve a prisão preventiva, porque a suposta conduta de corrupção teria passado de 7 (sete) anos de duração, a sugerir “fundado receio de prolongamento da atividade criminosa” (§10 da ementa), bem como porque a alegada lavagem de capitais na forma de ocultar seria delito permanente, dando plausibilidade à reincidência e afastando

a ausência de contemporaneidade.

A despeito disso, o julgado trouxe algumas balizas a partir das quais se pode analisar a prisão preventiva decretada a pretexto do risco à ordem pública, decorrente da “gravidade concreta da conduta” (§7º da ementa).

Em síntese: na linha do Tribunal Pleno do STF (cf. parágrafos 7/10 da ementa), a gravidade concreta revela a periculosidade do agente, constituindo a necessidade da prisão preventiva, tão somente quando se verificam (a) possibilidade de a conduta extrapolar os fatos do processo; (b) risco de reiteração; e (c) conjunto maior de práticas delitivas no qual se insere o imputado. Já para compreender se a distância entre o fato e a prisão preventiva afirmam ou desautorizam a hipótese de reiteração, é preciso considerar se se tratou de (d) algo pontual ou não ocasional na vida do agente.

Ressalve-se que – ainda que por essa métrica – nada garante ser possível aferir qualquer probabilidade de periculosidade. Tal exame, baseado praticamente na vida pregressa do imputado, assemelha-se ao que Dieter classifica como “exame anamnésico”.<sup>20</sup> A baixa capacidade preditiva deste modelo decorre do fato de que, para que previsões estatísticas sejam confiáveis, com baixa margem de erro, faz-se necessário um enorme conjunto amostral de condutas reiteradas.

Nesse sentido, se, por um lado, é possível estimar o grau de acurácia e precisão de um jogador de basquete em posição de lance livre, por outro, é quase impossível certificar que alguém, ao reincidir em alguma conduta criminosa, voltará a cometer algum comportamento considerado delitivo.<sup>21</sup>

NÃO RARAMENTE  
AS DECISÕES  
SEQUER DESCREVEM  
CONCRETAMENTE A  
CONDUTA ENSEJADORA DA  
PRISÃO, RESTRINGINDO-  
SE A CITAR ELEMENTOS  
DO DELITO EM ABSTRATO,  
COMO QUALIFICADORAS E  
CAUSAS DE AUMENTO

Feita esta reserva, imagine-se como as construções baseadas no referido *habeas corpus* se aplicariam a um caso hipotético de homicídio no qual a investigação imputa a um cidadão "A" a conduta de ter contratado para matar a sua companheira um cidadão "B" e, com isso, herdar um considerável patrimônio. O sujeito "A", preso inicialmente sob a alegação de ter cometido "crime grave" e "tentar coagir testemunha", tem sua prisão preventiva decretada.

Quatro anos depois, simultaneamente à condenação por homicídio qualificado no Plenário do Júri, "A" é absolvido da acusação de coação no curso do processo e o Juiz Presidente decreta nova prisão preventiva, agora se baseando exclusivamente na sentença condenatória e na "gravidade concreta". Some-se a isso que "A", antes de tal fato, não possuía antecedentes e, ao longo de toda a segregação cautelar, foi considerado interno de bom comportamento pelos gestores do presídio.

Nesta hipótese, de fato, a sentença condenatória reforçaria o pressuposto da fumaça do cometimento do delito. Contudo, retomando os requisitos abstraídos do HC 143.333/PR, não se poderia afirmar que a "gravidade concreta" corresponderia à periculosidade, na medida em que (a/c) não haveria nenhuma conjuntura de suspeita da prática de crimes para além do processo no qual foi preso; (b) inexistiria qualquer risco de reiteração, conforme se veria com a ausência de antecedentes e do comportamento bem avaliado como interno; e (d) a própria natureza do crime comprovaria sua ocasionalidade.

Do contrário, segundo Saad, usar a prisão preventiva focando numa suposta "função preventiva de prevenção de novos

delitos" demandada, por exemplo, pela "gravidade concreta", não passaria de um artifício "à execução antecipada da pena", uma vez que abandonaria a função processual de cautelaridade, que objetiva combater uma situação concreta de perigo da liberdade.

#### 4. Conclusão

Finaliza-se retomando que a doutrina e o Código de Processo Penal já ofereciam elementos, agora fortalecidos pela Lei 13.964/2019, no sentido de que a prisão cautelar se destina a proteger quaisquer dos pressupostos do art. 312 do CPP, quando presente alguma situação de perigo da liberdade atual e concreto, a ser indicada pelo respectivo decreto, sendo insuficiente mencionar a "gravidade concreta" do delito, sob pena de modificar a regra processual (da liberdade para a prisão) em casos de crimes reputados graves, como nos homicídios.

Por outro lado, o julgado paradigma do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal oferece requisitos para diminuir a discricionariedade na imposição da cautelar prisional, exigindo que haja um contexto mais amplo a indicar recorrência de condutas delitivas e, portanto, um prognóstico mais rigoroso de risco de reiteração.

Sendo assim, a categoria de "gravidade concreta" como fundamentação que autoriza a preventiva sem observar estes requisitos é, ao fim e ao cabo, mera "gravidade abstrata". Ignorar esses requisitos a torna, então, um mero recurso retórico que permite, na prática, maquiagem prisões preventivas arbitrárias, pois destituídas de perigo da liberdade atual, com base em um fundamento genérico que já foi expressamente vedado pelo próprio STF.

#### NOTAS

- 1 ADPF 347. Relator: Marco Aurélio Mello, 27, 09 de setembro de 2015. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20160218\\_031.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20160218_031.pdf). Acesso em: 4 mar. 2021
- 2 Disponível em: [https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All](https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All). Acesso em: 08 junho 2020.
- 3 "NÃO HÁ qualquer excesso de prisão preventiva no Brasil", defende moro. *Conjur*, 15 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/nao-qualquer-excesso-prisao-preventiva-brasil-moro>. Acesso em: 08 de junho de 2020.
- 4 26% dos homens presos e 62% das mulheres. Cf. Há 726.712 pessoas presas no Brasil. *Ministério da Justiça e Segurança Pública*, 08 dez. 2017. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em: 9 de junho de 2020.
- 5 Pesquisa feita em 08.06.2020 a partir dos termos "gravidade concreta" e "prisão preventiva".
- 6 Diante da pandemia, o CNJ expediu a Recomendação nº 62 orientando os magistrados a reavaliar as prisões provisórias (art. 4º, I). Cf. Recomendação nº 62. *Conselho Nacional de Justiça*, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 9 de junho de 2020.
- 7 Cf. HC 178.665 AgR. Relator: Luís Roberto Barroso, 04 de maio de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752733051>. Acesso em: 18 abril 2021; HC 183.229 AgR. Relator: Alexandre de Moraes, 15 de maio de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752787099>. Acesso em: 18 abril 2021.
- 8 HC 178.665 AgR. Relator: Luís Roberto Barroso, 04 de maio de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752733051>. Acesso em: 18 abril 2021; HC 183.014 AgR. Relator: Luís Roberto Barroso, 04 de maio de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752675911>. Acesso em: 18 abril 2021.
- 9 HC 178.665 AgR. Relator: Luís Roberto Barroso, 04 de maio de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752733051>. Acesso em: 18 abril 2021, p. 05 do inteiro teor.

- 10 RHC 183.082 AgR. Relator: Alexandre de Moraes, 11 de maio de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752712780>. Acesso em 18 abril 2021, p. 09 do inteiro teor.
- 11 HC 143.583, Relator: Marco Aurélio, 12 de março de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750295984>. Acesso em 18 abril 2021, p. 10 do inteiro teor.
- 12 FERRAJOLI, 2002, p. 442-443.
- 13 LOPES JUNIOR, 2020, p. 994 (*livro digital*).
- 14 Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
- 15 LOPES JUNIOR, p. 994.
- 16 A exemplo: HC 509.878/SP, julgado em 05/09/2019.
- 17 "Art. 312. (...) § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada." (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
- 18 Art. 315. (...) § 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)
- 19 HC 143333. Relator: Luiz Edson Fachin, 12 de abril de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749413076>. Acesso em: 18 abril 2021, p. 45 do inteiro teor.
- 20 Aquele segundo o qual "a certeza de comportamento agressivo no futuro depende de apenas um elemento, a saber, a quantidade de casos semelhantes registrados pelo mesmo indivíduo" (DIETER, 2012, p. 157).
- 21 Mesmo os mais entusiasmados defensores do uso de estatísticas para prever condutas tidas por criminosas, certos atuários do sistema de justiça criminal estadunidense utilizam-nas apenas para os crimes de natureza patrimonial, que tendiam a se repetir mais vezes do que os demais (BRAIKER; PETERSON *apud* DIETER, 2012, p. 102).
- 22 SAAD, 2013, p. 253.

#### Referências

DIETER, Mauricio Stegemann. *Política criminal atuária: A criminologia do fim da história*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

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

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo, Saraiva, 2020 (livro digital).

SAAD, Marta. Assimilação das finalidades da pena pela prisão preventiva. *Revista Eletrônica de Direito Penal*, v. 1, n. 1, p. 247-262, jun. 2013.

Recebido em: 25/06/2020 - Aprovado em: 21/02/2021 - Versão final: 18/04/2021