

FACULDADE DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO

THIAGO HERBST COMISSOLI

**PRAZO REVISIONAL DA PREVENTIVA PARA UM STF QUE LEGISLA:  
UM ESTUDO A PARTIR DO CASO ANDRÉ DO RAP**

Porto Alegre  
2021

GRADUAÇÃO



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

# PRAZO REVISIONAL DA PREVENTIVA PARA UM STF QUE LEGISLA: UM ESTUDO A PARTIR DO CASO ANDRÉ DO RAP

Thiago Herbst Comissoli<sup>1</sup>

Marcos Eberhardt<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem como tema a análise da alteração do artigo 316 § único do Código de Processo Penal, advindo da lei 13.964/2019 ou, como ficou conhecida, “pacote anticrime”, levando em conta a sua aplicabilidade no Habeas Corpus n. 191.836 de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello. Ademais pretende-se explorar quesitos básicos para esta discussão, como a apresentação de dados objetivos a despeito das prisões cautelares no Brasil, a evolução histórica do instituto e a maneira como ele é utilizado. Objetiva-se trazer discussões doutrinárias críticas acerca da discricionariedade das decisões que embasam as prisões preventivas e refletir sobre o impacto da alteração do artigo supracitado como solução para o problema. A metodologia utilizada foi dedutiva, com análise de doutrina e jurisprudência.

**Palavras-chave:** Pacote anticrime. Prisão cautelar. Processo Penal. Art. 316 § único CPP.

## 1.INTRODUÇÃO

No dia 15 de setembro de 2019, o Dope efetuou uma megaoperação em desfavor de André Oliveira Macedo, mais conhecido como André do Rap. Foi na cidade de Angra dos Reis que um dos líderes da maior facção criminosa do Brasil<sup>3</sup> e procurado pela Interpol<sup>4</sup> foi detido e levado sob custódia<sup>5</sup>. Foi determinada a prisão preventiva do acusado pela sua notória periculosidade e possível prejuízo ao processo. André foi mandado para a Penitenciária II de Presidente Venceslau.

---

<sup>1</sup> Graduando do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: thiagohc7@gmail.com

<sup>2</sup> Orientador: Professor do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail:

<sup>3</sup> UOL. **O que é o PCC?** Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/03/04/o-que-e-o-pcc.htm>>. Acesso em: 30 nov 2021

<sup>4</sup> TOMAZ, Kleber. **PF divulga 11 fotos com possíveis disfarces do traficante André do Rap, chefe de facção de SP que é procurado pela Interpol.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/12/10/pf-divulga-11-fotos-com-possiveis-disfarces-do-trafficante-andre-do-rap-chefe-de-facciao-de-sp-que-e-procurado-ate-pela-interpol.ghtml>>. Acesso em: 30 nov 2021

<sup>5</sup> MONTEIRO, NETTO, GALVÃO, CERÂNTULA. **Traficante internacional é preso em condomínio de luxo em Angra dos Reis.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/sul-do-rio-costa-verde/noticia/2019/09/15/trafficante-procurado-pela-interpol-e-preso-em-condominio-de-luxo-em-angra-dos-reis.ghtml>>. Acesso em: 30 nov 2021

Na manhã de 10 de outubro de 2020, cumprindo liminar cedida pelo Min. Marco Aurélio Mello pedida no Habeas Corpus n. 191.836., fora revogada a prisão preventiva de André Oliveira, sob o fundamento da falta de revisão periódica que justifique a permanência do mesmo em regime fechado, previsão legal no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal. Na noite do mesmo dia, o presidente do Supremo Tribunal Federal acolheu pedido da Procuradoria Geral da República e suspendeu a liminar. O Ministro Luiz Fux determinou a prisão imediata em caráter de urgência do duplamente condenado e agora foragido. Em suas razões alegou o Ministro Fux:

[...] dano a ordem e a segurança pública, por se tratar de paciente ‘de comprovada altíssima periculosidade’ e com dupla condenação em segundo grau por tráfico transnacional de drogas [...] comprometendo a segurança e ordem pública. (Suspensão de liminar 1.395/SP, pg. 8)

A presente pesquisa pretende explorar as tensões principiológicas entre o instituto da presunção de inocência e da garantia da ordem pública, com enfoque na alteração do art. 316 § único do Código de Processo Penal, advinda do chamado “pacote anticrime”. Até que ponto um dos direitos individuais mais básicos pode ser suprimido em nome da coletividade?

Em sua segunda parte, o cerne da discussão se debruçará no, talvez, maior problema envolvendo o tema das prisões preventivas, o tempo razoável da duração de um processo penal, suas determinações, e limites. O excesso de tempo para um instituto que em tese deveria ter um caráter efêmero já não é uma pena em si?

A última parte deste trabalho discutirá os certames da interpretação normativa dos magistrados e a análise do caso que motivou a problemática deste artigo. A interpretação do julgador pode ultrapassar o texto da lei?

A temática não é inédita e carrega consigo um contexto histórico e prático latente. Desde a antiguidade já se esboçavam institutos punitivos de cárcere prévio como garantia de eficácia na execução<sup>6</sup>. O direito processual penal brasileiro se aventou sobre o assunto diversas vezes, com numerosos entendimentos e mudanças. A mais recente destas mudanças foi implementada pelo chamado “pacote anticrime”, ou lei 13.964/2019, formulada sob o comando do então ministro da justiça e segurança pública, à época, Sergio Moro. Houve alterações em diversos pontos do Código de Processo Penal, mas o principal foco desta pesquisa se concentrará na alteração do art. 316, mais especificamente em seu parágrafo único. O eterno ponto de tensão entre as liberdades, garantias individuais e a coação legítima do Estado sob o fundamento de defesa da paz social.

---

<sup>6</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2012, p. 28.

## 2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA ACERCA DAS PRISÕES PREVENTIVAS.

O Estado é o agente que possui o monopólio da violência legítima, o Estado é o detentor do pacto social, o Estado tem por dever o zelo à preservação da paz<sup>7</sup>, mas até onde as liberdades individuais podem ser tolhidas? Esta pergunta foi tema chave entre os pensadores liberais no período renascentista. Com o contexto do modelo político da monarquia absolutista, um poder centralizado e arbitrário que se valia de decretações de prisões sem critérios, surge a ideia de que a coerção advinda do Estado deveria ser balizada e rigorosamente positivada de forma taxativa em um documento de fácil acesso ao povo. O Estado passa, portanto, a figurar como ente passivo, e que precisa ser provocado para usar de seu poder de policial com fins de cárcere<sup>8</sup>.

A evolução histórica da prisão preventiva, possui marcos temporais. O instituto tem noções primárias desde a antiguidade<sup>9</sup>, usado para garantir a eficácia da punição. Presente na cultura grega<sup>10</sup> e romana<sup>11</sup>, passando por intercursos na idade média com a implementação do sistema inquisitório no processual penal<sup>12</sup>. Até chegar ao período “dourado” em meados do século XVIII. Filósofos com ideias liberais, como, Voltaire, Montesquieu e Rousseau, engatinhavam lentamente rumo a um pensamento mais crítico e sóbrio sob o aspecto repressivo e arbitrário do Estado. Foi neste mesmo período que nasceu também as primeiras noções de garantia da justiça, que ora teria a função de impedir a fuga do acusado, ora impediria que se percam ou se danifiquem as provas ao curso do processo. A defesa da ordem pública tinha o condão de impedir que certos acusados continuassem a praticar atos delitivos<sup>13</sup>. A ideia de Beccaria<sup>14</sup> de que “é melhor prevenir o crime do que castigá-lo” ganhou cada vez mais adeptos nas discussões acadêmicas. A finalidade da prisão preventiva estava lentamente deixando de ter por objetivo a penalização do réu e passava a ter um escopo mais cautelar garantista.

---

<sup>7</sup> STRECK, Lênio. **Constituição, Sistemas sociais e hermenêutica**, ed. 2013. pg. 102

<sup>8</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2012, p. 52.

<sup>9</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2012, p. 28.

<sup>10</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2012, p. 28.

<sup>11</sup> CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas - Com a Lei 12.403/11**. 2 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011. Pág. 8.

<sup>12</sup> CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas - Com a Lei 12.403/11**. 2 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011. Pág. 8

<sup>13</sup> CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas - Com a Lei 12.403/11**. 2 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011. Pág. 8.

<sup>14</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. Tradução: Ed. Martin Claret Ltda. Ano 2000. Título original: *Dei Delitti e Delle Pene* (1764). Pág. 101.

## 2.1 A EVOLUÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL AO LONGO DO TEMPO.

Os primeiros esboços de implementação de prisão preventiva no Estado brasileiro se deram com as ordenações Manuelinas e Filipinas, trazendo, a última, uma inovação ao instituto: independente da gravidade do crime cometido, havia a necessidade de apresentação de prova ou de qualquer meio idôneo que pudesse certificar o fato e autoria dos denunciados. Era necessária a comprovação testemunhal<sup>15</sup>.

Outro passo importante para a formação de uma ideia mais próxima do que temos atualmente quanto à noção de presunção de inocência, foi a decretação editada pelo príncipe Dom Pedro I em 23 de maio de 1821: “nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, exceto somente o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinquente”<sup>16</sup>. A constituição imperial de 1824 seguiu o mesmo entendimento garantista<sup>17</sup>.

As primeiras noções de preservação da presunção de inocência e do direito ao devido processo legal que já se expressavam desde o Brasil Imperial, passaram por uma subversão na metade do século subsequente, com o implemento do Código de Processo Penal de 1941 que ampliou e agravou as medidas de prisão, principalmente da modalidade preventiva. O decreto-lei 3.689, de mesmo ano, afirma em sua exposição de motivos que prisões preventivas passavam a ser “definidas com maior latitude do que na legislação em vigor”, uma vez que “o interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos...”. A prisão preventiva teve sua admissibilidade ampliada, prevista nas mais diversas causas, incluído aqui “o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal”.

Em uma segunda fase do Governo Vargas, surge a possibilidade de privação da liberdade de 180 dias sem qualquer controle judicial, que se findava com a instrução preparatória, que ora era feita pelo juiz, ora pela polícia<sup>18</sup>. Já em 1994, a Lei 8.884 acrescentou a "ordem econômica" como fundamento para decretação da prisão preventiva, uma espécie de “desmembramento” da garantia da ordem pública.

---

<sup>15</sup> ALMEIDA, J. C. M. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1973.p. 56.

<sup>16</sup> CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas - Com a Lei 12.403/11**. 2 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

<sup>17</sup> A Constituição imperial de 1824 dispunha em seu artigo 179, VIII que: Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei.

<sup>18</sup> PIMENTEL, Irene. **O Tribunal Plenário, instrumento de justiça política do Estado Novo**. Disponível em: <<http://jugular.blogs.sapo.pt/1728394.html>>. Acesso em 30 nov 2021.

Atualmente, constata-se que a prisão preventiva para garantia da ordem pública tem sido, por vezes, antecipatória de culpa e frequentemente mais danosa que a própria pena. É fato que o Brasil possui mais de 773 mil presos em unidades prisionais e nas carceragens das delegacias<sup>19</sup>, possuindo a terceira maior população carcerária do planeta<sup>20</sup>; já os presos provisoriamente correspondem a 253.963, representando, inacreditáveis, 33,47% do total, porém para Vladimir Passos de Freitas (2020), o número pelo número não revela a realidade, expressa o desembargador<sup>21</sup>: “Só faltou registrar, contudo, que no Brasil, ao contrário do resto do mundo, existem quatro instâncias e, portanto, o trânsito em julgado demora mais e as prisões provisórias levam anos para serem definitivas”.

Tendo este cenário em vista, foi arguida em caráter de emenda, ao chamado “pacote anticrime”, a redação do parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal pelo deputado Lafayette de Andrade. O objetivo era vedar a prisão preventiva “sem prazo” e corrigir distorções e abusos que ocasionavam em decisões arbitrárias.

### **3.PREVISÃO LEGAL E CONCEITO DE PRISÃO PREVENTIVA**

A Constituição Federal, em seu art. 5.º, inciso LXI, traz consigo o entendimento que o cidadão apenas poderá ser tolhido de seu direito de ir e vir em virtude de configuração de flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade judicial. Mas esta forma constitucional não é absoluta, reunidos determinados elementos e verificados pressupostos probatórios e de autoria do suspeito, pode ser decretado o recolhimento do possível infrator à prisão antes da sentença irrecorrível, desde que esta seja efetuada por juiz competente e de forma fundamentada.

A prisão preventiva, a mais gravosa entre as cautelares, só é admitida nos termos do art. 313 do Código de Processo Penal, em casos de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima ou superior a 4 anos, em casos em que o acusado tenha contra si condenação em definitivo por outros crimes dolosos anteriores em um prazo de 5 anos<sup>22</sup>, ou com fim de garantir a execução de medidas protetivas de urgência, no caso de crimes que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. O parágrafo único do art. 313 do CPP prevê que a dúvida sobre a

---

<sup>19</sup> Os dados são relativos a junho de 2019 do Departamento penitenciário nacional (Depen)

<sup>20</sup> Os dados são relativos ao Levantamento Nacional de informações penitenciárias (Infopen), de 2017, e disponibilizados pelo ministério da justiça e segurança pública.

<sup>21</sup> FREITAS, Vladimir. **A soltura de "André do rap" vai além do artigo 316 do CPP**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-18/segunda-leitura-soltura-andre-rap-alem-artigo-386-cpp>>. Acesso em: 30 nov 2021

<sup>22</sup> Conforme exige o art. 64, I do Código Penal

identidade civil da pessoa ainda seria uma causa de prisão preventiva, até que seja realizada identificação.<sup>23</sup>

A prisão preventiva vem estabelecida entre os arts. 311 a 316 do CPP, é uma medida fundamentada por despacho judicial, que pode ser intentada em qualquer fase do inquérito policial ou da ação penal, antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória. Em consonância com o que leciona Eduardo Espínola Filho (2000, p. 363): “[...]é a prisão determinada antes do julgamento, como medida garantidora da permanência do indiciado à disposição da justiça, contribuindo, consideravelmente, para que o processo possa assegurar-se marcha normal, perfeita e rápida [...]”.

Podendo ser decretada pelo juiz ou a pedido do Ministério Público, do querelante ou por representação da autoridade policial. Em definição, a prisão cautelar é aquela determinada em face da necessidade de se resguardar o processo penal de maneira que a liberdade do sujeito processado ponha em risco o seu regular andamento. Ante a evidência de que se trata da grave intervenção ao direito de liberdade do cidadão, em privilégio à atuação dos órgãos do sistema de justiça criminal, a determinação da prisão preventiva necessariamente deve ser fundamentada em elementos concretos e motivada segundo aspectos conformados pela estrita legalidade<sup>24</sup>, sendo vedada sua decretação de ofício<sup>25</sup>.

Nessa linha, Lopes Jr.<sup>26</sup> menciona a existência dos elementos necessários à decretação de prisão preventiva/cautelar, os quais, cumulados, constituem a verdadeira justificativa à constrição pessoal verificada. Trata-se do pressuposto da prisão, traduzido no termo latino *fumus commissi delicti*, que revela a possibilidade concreta de que o sujeito processado seja o autor do fato apontado como crime, assim como o fundamento da prisão, traduzido no termo latino *periculum libertatis*, que configura a medida em que a liberdade do sujeito acusado constitui embaraço concreto ao andamento e regular desenvolvimento do processo, que é instrumento para o exercício do poder punitivo. A prisão preventiva é um ato de coação processual, e, portanto, medida com caráter excepcionalíssimo. Calamandrei suscita, ainda, a instrumentalidade hipotética como característica do instituto, alegando que a tutela cautelar pode incidir sem que o seu beneficiário, ao final do processo principal, tenha efetivamente reconhecido o direito alegado, que surge apenas como viável ou provável<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> MASI, Carlos Velho. **Audiência de custódia e cultura do encarceramento no Brasil**, ed. 2018, pg. 45

<sup>24</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 2018.

<sup>25</sup> Vide decisões neste sentido: HC 188.888, julgado pela 2º Turma do STF (06/10/2020); HC 186.421/SC, julgado pela 2º Turma do STF (17/07/2020); HC 590.039/GO, julgado pela 5º Turma do STJ (20/10/2020).

<sup>26</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 2018, p. 583-584.

<sup>27</sup> CALAMANDREI, Piero. **Introduzione alio Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari**, ed. 1936, p. 89

Um dos requisitos inerentes a instauração da prisão cautelar é a sua provisoriedade, depende da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência da medida necessária à tutela do processo. Justamente sob este viés de provisoriedade que a atual redação do parágrafo único do art. 316 do CPP foi redigida. A disposição do artigo leciona que as prisões preventivas deverão ser revisadas a cada 90 dias e justificadas as razões que mantêm o acusado preso, ponto este explorado na concessão de liberdade no Habeas Corpus nº.191.836.

Levando em conta os dados expressivo de prisões preventivas dentro do território brasileiro, criou-se uma situação fática que demanda tempo excessivo e que acaba por engessar a magistratura<sup>28</sup>, que se vê obrigada a focalizar seus esforços e cargas de trabalho para cumprimento de norma que pode ter como consequência a soltura de criminosos altamente perigosos, ao tempo que igualmente problemática é o paradigma da “epidemia de prisões preventivas por qualquer motivo”, conforme bem diserta Mariana Madera<sup>29</sup>.

#### **4.PRISÃO PREVENTIVA E O CHOQUE PRINCIPIOLÓGICO**

A doutrina diverge em uma série de aspectos a despeito das prisões preventivas, sua aplicabilidade, constitucionalidade, cerne. No entanto, um ponto neste debate é uníssono na maior parte dos autores que tratam do tema, as prisões preventivas devem sempre possuir um caráter excepcional e cautelar, respeitando de forma extensiva as garantias e direitos fundamentais dos cidadãos.

A peça-chave na discussão das prisões provisórias está em saber qual o limite da restrição da liberdade legítima do instituto. Os princípios envolvidos na lide, podem ser separados em dois grupos: os que confrontam o instituto da prisão preventiva e os que corroboram com sua aplicabilidade. Talvez o com maior destaque do primeiro grupo seja o tão celebrado e prestigiado princípio contemplado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o princípio da presunção de inocência.

De fato, muitas das inovações ainda são alimentadas e seduzidas pelo discurso da defesa social, propondo dessa forma soluções que eternizam modelos arcaicos de gestão da prisão processual. Outras, por seu turno, mostram-se mais sensíveis à mensagem indicada pelo

---

<sup>28</sup> FREITAS, Vladimir. **A soltura de "André do rap" vai além do artigo 316 do CPP**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-18/segunda-leitura-soltura-andre-rap-alem-artigo-386-cpp>>. Acesso em: 30 nov 2021

<sup>29</sup>MADEIRA, Mariana. **O estéril dever de revisão da manutenção da preventiva no prazo de 90 dias**. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2020-out-08/pensando-habeasa-revisao-manutencao-preventiva-prazo-90-dias#\\_ftn4](https://www.conjur.com.br/2020-out-08/pensando-habeasa-revisao-manutencao-preventiva-prazo-90-dias#_ftn4)>. Acesso em: 30 nov 2021



constituente. O fato é que ainda remanesce uma clara dificuldade de se ajustar um razoável equilíbrio entre um desejo social de maior eficiência do sistema punitivo com o resguardo das garantias individuais<sup>30</sup>.

#### **4.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CORDA BAMBA.**

A presunção da inocência é princípio basilar do direito penal, e consiste:

[...] no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório). (LIMA, 2015)

Nota-se, de início, que, de acordo com a definição supracitada, se faz imperativo que sejam respeitados determinados pressupostos jurídicos para se obter, em caráter geral, a supressão do estado de presunção de inocência, qual seja; a necessidade de um instrumento jurisdicional legítimo para a discussão do litígio<sup>31</sup>, que ao termino deste procedimento seja prolatada sentença condenatória transitada em julgado em sentido condenatório e que tenha respeitado ao, curso de todo o processo, a ampla defesa e o contraditório<sup>32</sup>, sob pena de nulidade absoluta do feito.

Corroborando com o entendimento do Professor Lima a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em seu artigo, 11º,1:

Art. 11º. (...)

1: Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Assim como também narra a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 8º, 2: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. A carta magna brasileira não só reforça o entendimento como vai além, trazendo uma garantia ainda maior ao direito da não culpabilidade, garantindo o estado de presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal, e não apenas até quando se comprove a culpa do acusado, como posto na Declaração Universal e no Pacto de San José da Costa Rica. Dentro deste prisma, faz-se relevante o entendimento sobre a diferença entre os regulamentos:

Nos modernos textos constitucionais e nas declarações internacionais de direitos humanos do pós-guerra, o princípio vem expresso algumas vezes em termos de presunção, enquanto em outras se prefere a referência ao status do acusado durante o processo (estado de inocência ou de não culpabilidade). Embora não se trate, a nosso

---

<sup>30</sup> ZILLI, Marcos. **Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 85. 2010 p. 447 - 494

<sup>31</sup> Vide Constituição Federal. Art. 5º, LIV

<sup>32</sup> Vide Constituição Federal. Art. 5º, LV

ver, de perspectivas contrastantes, mas convergentes, é forçoso reconhecer que no primeiro caso se dá maior ênfase aos aspectos concernentes à disciplina probatória, enquanto que no segundo se privilegia a temática do tratamento do acusado, impedindo a adoção de quaisquer medidas que impliquem sua equiparação com o culpado. (GOMES FILHO, 1994)

Por apresentar caráter de cláusula pétreia, ser considerado direito fundamental inerente ao ser humano, a comunidade jurídica trata a liberdade de maneira quase intangível. Por essa razão que uma decretação de prisão irresponsável, que não atende os requisitos mencionados em tópico anterior deste trabalho, constitui um ataque à própria dignidade humana<sup>33</sup>. Gomes Filho salienta uma questão muito interessante sobre o assunto, diz o autor que se de um lado a própria existência da imputação de um crime caracteriza, por si só, uma condição de desvantagem ao acusado em face do poder punitivo estatal, a afirmação constitucional dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal tem a destinação de dar um balanceamento mais justo nessa carga negativa, o instituto não só orienta o juiz em face ao acusado, ou em uma regra de julgamento na hipótese de dúvida, mas dá o norte para o próprio modo pelo qual se deve realizar a atividade processual. Estabelecer um modelo processual penal fundado na consideração do investigado/acusado como inocente representa um giro completo na história do sistema de justiça criminal. Significa uma nova ordem processual penal, um novo parâmetro, agora pautado na proteção do indivíduo, e não mais na repressão autoritária aos inimigos. Em vez do *hostis alienígenas* e do *hostis judicatus*, entraria em cena o investigado/acusado cidadão. Em resumo: antes um sistema penal do inimigo, agora a perspectiva de um modelo cidadão<sup>34</sup>.

Em primeira análise, poderia parecer contraditório, após a leitura dos fundamentos que alicerceiam o estudo da presunção de inocência, que se ponha em cárcere prévio um possível delinquente por fatores indiciários, mas, neste momento, é importante voltarmos a compreensão do tópico anterior e ressaltar que, além de positivada, a medida tem caráter assecuratório, a atividade cautelar foi preordenada afim de evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional

---

<sup>33</sup> Como anota Alberto Silva Franco: "Como, portanto, entender que a privação não necessária da liberdade individual não signifique uma pena precipitada e, por isso, uma ofensa à dignidade da pessoa atingida e à de todos aqueles que sofram o risco de serem também, indistinta e imotivadamente, alcançados pelo arbítrio? (...) Vedar-se o direito fundamental à liberdade provisória, quando a prisão é totalmente desnecessária, é, portanto, afronta flagrante ao princípio da dignidade humana" (*Crimes hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90*. São Paulo: Ed. RT, 1991, p. 53).

<sup>34</sup> ZANOIDE, Maurício. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 77 – 79.

(*periculum in mora*). O provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (*jurus boni iuris*)<sup>35</sup>.

Reforçando ainda mais a ideia com Silva Jardim, o instituto tem de ser destinado a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final da ação, bem como possibilitar regular instrução probatória, tratando substancialmente de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso mesmo, de tutela da tutela<sup>36</sup>. Portanto, não se trata de incompatibilidade jurídica e sim de adequação fática, em caráter excepcionalíssimo, pautado em artigo vigente do código de processo penal e que visa dar efetividade ao direito, como salienta jargão conhecido da comunidade jurídica, *verba cum effectu sunt accipienda*<sup>37</sup>.

Ao fim e ao cabo o instituto da prisão preventiva está permanentemente sob uma linha tênue entre a legalidade e o abuso de poder. À vista disso, faz-se relevante a reflexão:

Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo. (LIMA, 2012)

Portanto se faz crucial que se demonstre a real necessidade da prisão prévia do acusado, sob risco de descaracterização da tutela jurisdicional.

Para Wedy, a prisão cautelar corrói a imagem e a autoimagem do indivíduo. A prisão gera uma série de efeitos prejudiciais na órbita social, que decorrem da própria psique afetada do preso, como a verdadeira desorganização de sua personalidade decorrente do sistema prisional totalitário<sup>38</sup>

#### **4.2 A AMPLA E PROBLEMÁTICA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.**

Como explanado anteriormente, a prisão provisória, tem por objetivo blindar o processo de possíveis tentativas de frustração dos meios probatórios, de evasão do réu ou até mesmo a coação de testemunhas, mas não só de elementos de caráter individual se dão as decretações de prisão preventivas. Existe um termo amplamente utilizado por operadores do direito, que poderíamos chamar de “nêmeses” da doutrina majoritária quando o assunto são

---

<sup>35</sup> CINTRA, A., PELLEGRINI, A., DINAMARCO, C. **Teoria Geral do Processo**, São Paulo, 1981, 3.<sup>a</sup> ed., Ed. RT, p. 280).

<sup>36</sup> JARDIM, Afrânio. **Visão sistemática da prisão provisória no código de processo penal**. Thomson Reuters. vol. 41/1986

<sup>37</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 8a. ed., Freitas Bastos, 1965, p. 262

<sup>38</sup> WEDY, Miguel. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. ed. 2015. Pg.5

prisões cautelares: a chamada garantia da ordem pública, prevista vagamente no art. 312 do código de processo penal.

A garantia da ordem pública, é abertamente criticada por parte da doutrina jurídica por apresentar, por vezes, um caráter muito mais político populista do que propriamente buscador da “paz social”<sup>39</sup>. No entanto, é necessário destacar que o objetivo do instituto é combater as ameaças ao Estado democrático de direito. A invocação do princípio comumente surge em crimes que possuem réus investigados pelo cometimento de crimes perigosos, ou reincidentes de condutas delituosas, que, se soltos, poderiam voltar a delinquir, porém a situação mais clássica de aplicação do princípio se verifica quando o delito possui intensa repercussão público-midiática, levando por vezes ao populismo judiciário.

Porém, dentro do caráter da disputa do interesse público vs a garantia dos direitos individuais, Costa Manso, alude ponto relevante a questão. Diz o doutrinador que dependendo da situação, existe até mesmo a possibilidade de represálias e linchamentos contra o suspeito do cometimento do crime, geralmente em casos de grande repercussão social ou clamor público, o que justifica o encarceramento, se conjugado com outros fatores<sup>40</sup>

Por vezes é aludido o também controverso princípio da garantia da ordem econômica, que foi introduzido pelo art. 86 da Lei 8.884/94, e trata da prevenção dos chamados "crimes do colarinho branco", em que pessoas de destaque social, usando cargos importantes, sobretudo públicos, praticam atos ilícitos contra o patrimônio alheio coletivo ou individual.

Pode-se afirmar que há clara dificuldade doutrinária em circunscrever o sentido da ordem pública. Porém, um dos doutrinadores que tenta dar forma a conceito tão vago é Gomes Filho (1991, p. 67):

[...] em matéria de prisão processual, à ideia de ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades de encarceramento provisório que não se ajustam às exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade pessoal adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em exemplaridade, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade abalada pelo crime; ou, ainda, em presunção especial, assim entendida a necessidade de se evitarem novos crimes, pois uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas.

Os problemas quanto a definição de conceito tão vago é recorrente também na jurisprudência, havendo notória dificuldade em se precisar o sentido e o alcance da expressão. Houve uma tentativa de delimitação, e que depois foi seguida por outros julgados, dada pelo

---

<sup>39</sup> STRECK, Lênio. **Constituição Sistemas Sociais e Hermenêutica**, ed. 2013, pg. 52

<sup>40</sup> TOURINHO, F. C. **Processo Penal**. 1998. p. 476.

então Min. Francisco Rezek, antes mesmo da implementação da constituição de 1988. O raciocínio, calcado no ideal da defesa social, invocou a importância da atuação do sistema punitivo como fator de resguardo da credibilidade do Estado, tal como elemento de garantia da incolumidade física do próprio acusado<sup>41</sup>. Expôs, portanto, neste sentido:

Cuida-se de responder à agressão que o crime, por suas características de violência e vilania, desferiu sobre o meio social local. Cuida-se de preservar a credibilidade do Estado e da Justiça. Subsidiariamente, cuida-se até mesmo de cuidar da incolumidade física do réu, que o crime terá colocado em risco, agravado de modo amplo quando a Justiça entenda de colocá-lo em liberdade enquanto espera pelo julgamento. (Habeas Corpus n. 60.973/PR, 2.ª T., rel. Min. Francisco Rezek, DJ 24.06.1983).

A periculosidade do agente, a gravidade do delito, o clamor público, a perspectiva de disseminação de uma sensação social de insegurança, além das circunstâncias especiais que cercaram o delito, são fundamentos constantemente invocados para justificar a ordem de prisão preventiva. É perceptível, no âmbito da Suprema Corte, uma crescente intolerância aos argumentos da gravidade da imputação e do clamor público como fundamentos idôneos para a decretação deste tipo de prisão. É o que ilustra o Habeas Corpus n. 80.719/SP, relatado pelo Min. Celso de Melo:

A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir [sic] punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. (...) O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (art. 312, do CPP) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. (Habeas Corpus n. 80.719/SP, Relator: Min. Celso de Melo)

Talvez por entendimentos jurisprudenciais neste sentido, e uma certa resistência ao termo que o caso André Oliveira Macedo chegou aonde chegou. As situações fáticas demandam de juízo de razoabilidade dentro do caso concreto. Talvez este seja o maior problema do campo docente, divagar sobre formalismos e conceitos vagos enquanto se perde o tato com a realidade fática, dura. Não se deveria prender pessoas arbitrariamente através de um conceito vago sob o pano de fundo do clamor social, ao tempo que também se mostra problemática a liberação irresponsável de agentes notoriamente perigosos em nome de uma providência mais

---

<sup>41</sup> ZILLI, Marcos. **Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 85. 2010 p. 447 - 494

“jurídica” do Estado quanto ao problema.

## **5. O ABUSO DO PRAZO INDETERMINADO.**

Impossível falar de prisão sem falar de tempo, não seria esta a punição maior? A perda insubstituível do tempo de vida do preso? Para Lopes Jr. a sociedade é regida pelo tempo, sob a égide de imediatismo e pressa desenfreada, e o direito, sendo fruto desta sociedade, urge por medidas cada vez mais rápidas e precipitadas.”<sup>42</sup>

O processo se decorre, novamente, no tempo, assim como a vida, o processo tem fases distintas, desde sua abertura até seu encerramento, sendo inimigo do imediatismo e zelando pela cautela, se desenvolvendo com calma e serenidade, sendo está uma de suas características mais notáveis. “O processo implica sempre um desenvolvimento sucessivo de atos no tempo. Daí porque o tempo está arraigado na sua própria concepção”<sup>43</sup>.

Se durar em excesso, o próprio processo se transforma em uma espécie de pena, a demora fulmina a presunção de inocência, pois à medida que se estende, paulatinamente vai sendo sepultada a credibilidade em torno da versão do acusado. A situação se agrava no caso em que o acusado esteve ou permaneceu preso cautelarmente. Mesmo que absolvido posteriormente, a prisão cautelar certamente terá maior visibilidade e repercussão que a sentença e, sob o martelo da sociedade, será vista como uma espécie de cumprimento de pena por alguém que efetivamente cometeu um crime.

O que busca o Estado em essência, conforme já exposto, é a retomada do status quo da paz social, que se ve abalada pelo rompimento do pacto social consequência do cometimento de um crime, porém este anseio deve observar que há uma vida em jogo, e tendo o Estado a responsabilidade e dever de zelo dos direitos individuais inerentes ao ser humano. Conforme ensina Lopes Jr. (2009, p. 16): “Somente em segundo plano, numa dimensão secundária, a celeridade pode ser invocada para otimizar os fins sociais ou acusatórios do processo penal, sem que isso, jamais, implique sacrifício do direito de ampla defesa e pleno contraditório para o réu”.

Se faz necessária a correlação do direito a um processo no prazo razoável como um elemento inato do devido processo legal.

Diz o pacto Internacional sobre direitos civis e políticos, adotado pela ONU em 1966, em seu art. 14, nº 3, c, que toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena

---

<sup>42</sup> LOPES JR., A., BADARÓ, G. – **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2009. Pg. 3

<sup>43</sup> LOPES JR., A., BADARÓ, G. – **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2009. Pg. 5

igualdade a, pelo menos a garantia de ser julgada sem dilações indevidas. Ainda em seu art. 9º, 3:

Art. 9º (...)

3: Qualquer pessoa, presa ou encarcerada em virtude de infração penal, deverá ser conduzida, sem demora, à presença de juiz ou outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questões à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, à execução da sentença.

O inciso LXXVIII do art. 5 da CF, em consonância com o CADH (Convenção Americana dos direitos humanos, 1969), ou pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 7.5, traz a noção de “tempo razoável” como medida assecuratória de justiça, um avanço no que tange as garantias individuais, mas ainda pouco para a realidade brasileira, pois se levarmos a sério o Inciso LXV, do art. 5 da CF: “Toda prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.” Não resta dúvidas que uma prisão sem prazo seria uma hipótese clara de prisão ilegal.

O prazo da prisão cautelar está intimamente vinculado ao princípio da provisoriedade, e esta está intimamente vinculada ao fator tempo, de modo que toda prisão cautelar deve ter caráter temporário, com prévia duração. Sendo necessária à sua brevidade, até porque é apenas tutela de situação fática e não tendo legitimidade para assumir contornos de pena antecipada<sup>44</sup>.

Os tempos mortos, aqueles que ocorrem entre uma atividade processual e outra, ou entre as fases processuais, que fazem parte da rotina forense brasileira, não se fazem excepcionais, e não por menos, a demora é denominador comum entre a conclusão do inquérito policial, oferecimento da denúncia, para a citação do réu, intimação de testemunhas, realização de audiência e, principalmente, o enorme tempo-morto nas pilhas dos cartórios e gabinetes dos juízes e tribunais. Evidenciando a mora jurisdicional, que acaba por esquecer que neste meio tempo há um homem privado de um de seus direitos mais básicos esperando uma resolução justa. mais problemático do que a dilação dos prazos fixados em lei, são as ausências de mecanismos que impeçam estes mesmos “tempos mortos”<sup>45</sup>, daí a motivação para se formular um dispositivo que trace limites claros quanto ao tempo em cárcere: uma tentativa de combate ao não prazo.

---

<sup>44</sup> LOPES JR., A., BADARÓ, G. – **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2009. Pg 52

<sup>45</sup> LOPES JR., A., BADARÓ, G. – **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2009. Pg. 71

## 6. O DEVER PERIÓDICO DE REVISÃO JURISDICIONAL

Após a exposição básica sobre os preceitos da prisão preventiva, se mostra evidente a complexidade que envolve precisar prazos e limites para o instituto, porém a da Lei 9.034/95, em seu art. 8º tentou determinar estes primeiros limites: “O prazo máximo da prisão processual, nos crimes previstos nesta lei, será de cento e oitenta dias.” Posteriormente, houve uma alteração advinda da Lei 9.303/99: “O prazo para o encerramento da instrução criminal, nos processos que trata essa lei, será de 81 dias, quando o réu estiver preso, e 120 dias, quando estiver solto”. Assumindo a súmula 52º do STJ redação neste sentido. A tentativa de delimitação não alcançou o objetivo principal, de criar um padrão e trazer segurança jurídica, servindo mais como um protótipo do que propriamente solução do problema.

Antes da implementação da alteração do art. 316, § único do CPP, o magistrado tinha a prerrogativa de acolher liminar requerida pelo ministério público e determinar o cárcere prévio do acusado, sem se preocupar com a reapreciação de sua própria decisão, a fim de verificar a necessidade ou não de permanência do réu em regime fechado. Dessa forma, uma vez mais, fica evidenciada a precariedade do “não-prazo”, após ampla crítica por parte da doutrina, pois não havia uma base de prazo máximo para se manter alguém preso preventivamente, restou a redação da alteração trazida pelo pacote anticrime:

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)

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).

Neste certame, mostra-se a importância da audiência de custódia nos casos que pretendem a implementação da prisão preventiva. Para a juíza capixaba Gisele Sousa de oliveira, a audiência de custódia tem por objetivo não a soltura das pessoas de maneira irresponsável e sem critérios, mas a qualificação da porta de entrada dos presídios, a dosagem e a avaliação quem deve entrar<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup>STOCHERO, Tahiane. **Audiência de custódia evitou a entrada de 8 mil nos presídios**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html>>. Acesso em: 30 nov 2021



## 7. ANÁLISE DO CASO ANDRÉ DO RAP

Passemos a análise da decisão emblemática do caso de André do Rap. Inicialmente se mostra prudente o destaque fático e análise do réu para melhor compreensão do tamanho do problema. André Oliveira Macedo foi investigado pela Polícia Federal por suposta participação em quadrilha que usava contêineres para transportar cocaína pura do Porto de Santos para a Europa, África e Cuba. Foi apontado como um dos chefes do Primeiro Comando da Capital (PCC), facção criminosa que atua dentro e fora dos presídios de São Paulo. André do Rap foi preso em setembro de 2019, em um condomínio de luxo em Angra dos Reis (RJ), por duas condenações em segunda instância por tráfico internacional de drogas, com penas que totalizam 25 anos, nove meses e cinco dias de reclusão em regime fechado. O esquema de tráfico que envolvia André foi descoberto em 2013, considerado um dos maiores esquemas de remessa de cocaína do Brasil ao exterior pelo porto santista. Investigações da Polícia Federal resultaram nas apreensões de 3,7 toneladas da droga no país e fora dele entre janeiro de 2013 e março de 2014. Também foi apurado o vínculo do PCC com a máfia italiana "Ndrangheta"<sup>47</sup>. Em 10 de outubro de 2020, André saiu da penitenciária II de presidente Venceslau pela porta da frente, sem tornozeleira eletrônica ou qualquer outro meio de rastreamento. Estimasse que a operação da Polícia federal para (re)prender, o agora foragido, custe em torno de 5 milhões de reais.<sup>48</sup>

A suspensão de liminar n. 1.395 de relatoria do presidente da corte suprema a época, Luiz Fux, publicada no mesmo dia da soltura do paciente, narra o desdobramento processual até a concessão de liberdade concedida pelo Min. Marco Aurelio Mello:

In casu, ANDRÉ OLIVEIRA MACEDO impetrou habeas corpus perante este Supremo Tribunal Federal contra decisão monocrática proferida pelo Ministro Rogério Schietti, que denegara liminarmente habeas corpus impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça. Ambas as impetrações se insurgiram contra prisão preventiva decretada pela Quinta Vara Federal da Subseção Judiciária de Santos/SP e confirmada pela Décima Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Na origem, a prisão foi decretada em 28.05.2014, por ocasião da Operação Oversea, deflagrada pela Polícia Federal após autorização da Quinta Vara Federal da Subseção Judiciária de Santos/SP. Cabe ressaltar, no entanto, que o mandado de prisão apenas foi cumprido em 15.09.2019, mais de 05 (cinco) anos após sua expedição, em razão de o paciente ter se mantido foragido durante esse espaço de tempo. Durante o pedido em que esteve foragido, o Ministério Público Federal denunciou ANDRÉ OLIVEIRA MACEDO como incurso nas penas dos crimes de tráfico transnacional de drogas e associação para o tráfico de drogas (Art. 33, caput, e 35,

---

<sup>47</sup>G1. **André do Rap é condenado a pagar multa de R\$ 2,4 milhões à Justiça Federal por tráfico internacional de drogas.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2021/09/24/andre-do-rap-e-condenado-a-pagar-multa-de-mais-de-r-24-milhoes-a-justica-federal-por-trafico-internacional-de-drogas.ghtml>>. Acesso em: 30 nov 2021

<sup>48</sup>JOVEM PAN. **Operação para prender André do Rap custará cerca de R\$ 5 milhões à PF.** Disponível em: <<https://jovempan.com.br/programas/jornal-da-manha/operacao-para-prender-andre-do-rap-custara-cerca-de-r-5-milhoes-a-pf.html>>. Acesso em: 30 nov 2021

caput, c/c o art. 40, I e VII, da Lei 11.343/06), em concurso material, por envolvimento gerencial no transporte de aproximadamente 4 toneladas de cocaína.

Após regular instrução processual, o Juízo da Quinta Vara Federal da Subseção Judiciária de Santos/SP julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando-o à pena de 14 (quatorze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 975 (novecentos e setenta e cinco) dias-multa, pela prática do crime de tráfico transnacional de drogas art. 33, caput, c.c. o art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Em sede recursal, a Décima Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região proveu parcialmente a apelação da defesa, mantendo a condenação pelo crime de tráfico transnacional de drogas, mas operando alguns ajustes na fixação da pena-base, motivo pelo qual a pena consolidada foi reduzida para 10 (dez) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como 975 (novecentos e setenta e cinco) dias-multa.

Por ocasião do julgamento de apelação, a Turma manteve a prisão preventiva de ANDRÉ OLIVEIRA MACEDO pelos seguintes fundamentos, verbis:

“A manutenção da prisão preventiva dos réus ANDRÉ OLIVEIRA MACEDO e de GILCIMAR DE ABREU é necessária porque esses réus permaneceram foragidos durante toda a instrução processual, o que denota a necessidade de se garantir a aplicação da lei penal, e suas prisões estão pautadas na gravidade concreta do delito, que envolveu grande quantidade de droga e uma estrutura criminosa reveladora da sua periculosidade e da probabilidade de reiteração delitiva. Lembro, ainda, que este feito estava pautado para julgamento na sessão de 12 de março passado e só não foi realizado em virtude de atitudes das próprias defesas.

Contra essa decisão do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, a defesa de ANDRÉ OLIVEIRA MACEDO impetrou habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, que foi monocraticamente denegado pelo relator em 29.06.2020. Em sua decisão, o Ministro Rogério Schiatti assim afastou a alegação de excesso de prazo, in verbis:

[...] na espécie, não constato excesso de prazo, a ensejar a intervenção deste órgão colegiado, visto que o paciente, preso há menos de 8 meses, além de ter sido condenado na ação penal objeto deste writ, a 14 anos de reclusão, foi também condenado a 15 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão pelos mesmos crimes, nos autos da Ação Penal n. 0012478-85.2013.4.03.6104, objeto do AREsp n. 1.421.634, não conhecido pela Sexta Turma do STJ, sob o argumento de incidência da Súmula n. 182 do STJ.

Contra essa decisão monocrática, foi impetrado um novo pedido de habeas corpus, dessa vez perante este Supremo Tribunal Federal. Em 06.10.2020, o Excelentíssimo Ministro Relator proferiu decisão liminar em que determinou a soltura de ANDRÉ OLIVEIRA MACEDO. (Suspensão de liminar n. 1.395, Rel. Min. Luiz Fux, 2020).

#### O Ministro Marco Aurelio em suas razões arguiu pelo seguinte:

O Juízo, ao determinar a prisão, referiu-se a dados obtidos mediante interceptação telefônica, vídeos, depoimentos e vigilância policial realizados durante investigação. Assentou participação do paciente em grupo criminoso voltado ao tráfico internacional de drogas e a apreensão de quase 4 toneladas de cocaína. O Tribunal de Justiça, no julgamento da apelação, concluiu persistirem os motivos que ensejaram a custódia. O quadro indica em jogo a preservação da ordem pública e a aplicação da lei penal. Sem prejuízo do princípio constitucional da não culpabilidade, a prisão mostrou-se viável, ante a periculosidade, ao menos sinalizada. Daí ter-se como fundamentado o pronunciamento atacado. A inversão da ordem do processo-crime – no que direciona a apurar para, selada a culpa, em verdadeira execução da pena, prender – foi justificada, atendendo-se ao figurino legal...

[...] O paciente está preso, sem culpa formada, desde 15 de dezembro de 2019, tendo sido a custódia mantida, em 25 de junho de 2020, no julgamento da apelação. Uma vez não constatado ato posterior sobre a indispensabilidade da medida, formalizado nos últimos 90 dias, tem-se desrespeitada a previsão legal, surgindo o excesso de prazo. (Habeas Corpus n. 191.836, Rel. Min. Marco Aurélio Mello,

2020)

Para Silva Jardim não se confunde revogação de prisão preventiva com liberdade provisória. A primeira restabelece a liberdade plena daquele que fora preso preventivamente. Ele retoma a mesma situação de liberdade que se encontrava antes do ato coercitivo. Já a liberdade provisória cria uma nova situação de liberdade restrita, vinculada aos termos do processo. É uma contra-cautela que se destina a evitar os efeitos maléficos da clausura, não funcionando nunca como substitutiva da prisão preventiva.<sup>49</sup> Está ideia levada ao extremo, sem adequação a realidade do caso concreto, permitiu a liberação de André sem qualquer espécie de rastreamento ou ronda policial, naquele estante ele voltava a ser um homem livre.

De acordo com o que foi explanado anteriormente, se mostram presentes os requisitos para a decretação de prisão preventiva, tal como se mostra cristalino o dano a ordem social em caso de soltura. Conforme expressa Faustin Hélie quando demonstra ser a necessidade a causa legitimadora da prisão preventiva, asseverando que "se a necessidade a estabeleceu, deve ela cessar, portanto, quando a necessidade não esteja mais demonstrada"<sup>50</sup>. Na esteira do que leciona Lopes Jr., ainda nestes delitos de maior gravidade, aos quais são cominadas penas abstratas bastante elevadas, o ideal é a busca de uma conjunção de critérios, com base nos fatos incontroversos emergentes no caso concreto, para a fundamentação da custódia e sua manutenção<sup>51</sup>. Não cessaram os motivos que ensejaram o cabimento da prisão, tão pouco sua necessidade, o que justifica a soltura é somente a redação fria do art. 316 § único do Código de Processo Penal, redação está que estava em pauta de discussão nas cortes superiores quanto a sua aplicabilidade.

No dia 22 de setembro de 2020, ao examinar o Habeas Corpus n. 589.544/SC e ao aludir a idêntico entendimento adotado pela 5ª Turma<sup>52</sup>, a 6ª Turma do STJ estabeleceu que a obrigação de revisar a manutenção da prisão, a cada 90 dias, é imposta apenas ao "*órgão emissor da decisão*" — juízo ou tribunal que impôs a cautela. Sob este entendimento, a decisão de prisão preventiva proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região deveria ter sido reapreciada por este mesmo tribunal, ou seja, a competência era do desembargador relator e não do ministro. Na opinião do presidente do STF: "o excesso de prazo demanda juízo de razoabilidade à luz das circunstâncias concretas do caso em análise", "nenhum fato alterou as condições da prisão do

---

<sup>49</sup> JARDIM, Afrânio. **Visão Sistemática da prisão provisória do código de processo penal**. ed. 1985 Justitia/SP, pg.116

<sup>50</sup> GARCIA, Basileu. **Comentários ao Código do Processo Penal**. 3.º vol. 1945

<sup>51</sup> LOPES JR., A., BADARÓ, G. – **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2009. Pg. 59

<sup>52</sup> Habeas Corpus n. 569.701/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 9.6.2020

traficante desde que ela foi decretada”, "Pelo contrário, mantiveram-se firmes os fundamentos de garantia da ordem pública", está situação mostra que o formalismo pelo formalismo também enseja abuso. A decisão do ministro Marco Aurélio adotou a chamada interpretação literal da lei ou filológica. Portanto, dizendo o parágrafo único que a prisão preventiva deve ser revisada a cada 90 dias, uma vez inexistente reexame, coloca-se o preso em liberdade, pouco importando quem é ele e qual o crime cometido. Neste prisma Carlos Maximiliano (1981, p. 120) ensina que: "[...]a interpretação exclusivamente filológica é incompatível com o progresso"<sup>53</sup>. Conduz a um formalismo retrógrado; não tem a menor consideração pela desigualdade das relações da vida, à qual deve o exegeta adaptar o sentido da norma positiva". Franco Montoro acresce que a interpretação gramatical "por si só é insuficiente, porque não considera a realidade social"<sup>54</sup>.

A intenção do legislador que propôs a alteração do parágrafo único do artigo 316 do CPP foi no sentido de evitar a perpetuação da segregação provisória, sob pena de ilegalidade, mas talvez a necessidade de exigir a reapreciação da decisão mediante fundamentação concreta e individualizada sequer existisse se os princípios da excepcionalidade e da provisoriedade, que norteiam o regramento cautelar pessoal, fossem efetivamente observados.

No dia 15 de outubro de 2020, o Plenário da Corte, por 9 votos contra 1, referendou a posição do presidente, confirmando, uma vez mais, que a pessoa e a espécie de delito não podem ser dissociadas do exame do caso, sob pena da função jurisdicional revelar-se inútil. Na opinião do desembargador federal Vladimir Passos de Freitas "Se não fosse assim, bastava um bom programa e 11 computadores no STF"<sup>55</sup>. Sendo decidido, portanto:

a inobservância do prazo nonagesimal do art. 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos. (MC da SL 1.395/SP julgado em 15/10/2020, Plenário)

Após a repercussão do caso, o poder legislativo já aventa a possibilidade da retirada do § único do art. 316 do código de processo penal. O Projeto de lei n. 4.888/20, de autoria do deputado capitão Augusto, tem por objetivo a retirada do dispositivo legal do CPP, o deputado defende a tese de que a retomada de redação de dispositivo neste sentido somente pode se dar após a implementação da prisão em segunda instância. Já para o deputado petista Paulo

---

<sup>53</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1981. p. 120.

<sup>54</sup> FRANCO MONTORO, André. **Introdução à Ciência do Direito**. 25ª. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 373.

<sup>55</sup> FREITAS, Vladimir. **A soltura de "André do rap" vai além do artigo 316 do CPP**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-18/segunda-leitura-soltura-andre-rap-alem-artigo-386-cpp>>. Acesso em: 30 nov 2021

Teixeira, a culpa de desdobramento tão desastroso no caso André do Rap foi do magistrado, que não observou a redação legal, possibilitando a soltura do paciente.<sup>56</sup>

## 8.A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO E A INSEGURANÇA JURÍDICA

É natural que crimes que tenham um grande escopo midiático sejam observados de perto pelo homem médio: notícias, manchetes, furos, a tentação é quase viciante. A imprensa desempenha papel crucial nas atuais sociedades democráticas, servindo como um censor contra os abusos do Estado. Por vezes, entretanto, o chamado “4º poder” não dimensiona seu próprio impacto. A pressão da mídia como sendo a opinião pública equilibrada e independente impacta de forma veemente a seara jurídica. A cada dia, mais e mais, a pressão midiática faz com que promotores e juízes claudicantes cedam à opinião pública, e acabem por cercear a liberdade individual e desrespeitar a presunção de inocência a fim de assegurar a “integridade das instituições estatais”<sup>57</sup>. Não há de se falar em controlar a imprensa, mas sim buscar um comprometimento maior com os valores democráticos, e que a mesma compreenda a poderosa influência que exerce no meio social, capaz de decidir até sobre a liberdade dos cidadãos<sup>58</sup>

Criou-se, portanto, na política criminal um viés quase obrigatório de responder adequadamente aos anseios da sociedade, tentando desesperadamente passar uma imagem de Estado seguro e eficaz. Assim, se de um lado aparecem cada vez mais leis penais no sentido de frear a crescente criminalidade, de outro aparecem leis simbólicas, que visam mais a uma resposta social ou cultural a determinados problemas do que propriamente à solução deles.<sup>59</sup>

Uma das características do direito penal moderno é a evolução de uma criminalidade associada ao indivíduo isolado até uma criminalidade desenvolvida por uma estrutura empresarial.<sup>60</sup> Poderia se ter dois entendimentos: o primeiro como um novo fenômeno de delinquência organizada, sendo uma preocupação social, um inimigo em comum, ou, pelo contrário, o crime se adapta, se desenvolve com os avanços tecnológicos em informática e telecomunicações, a liberação dos mercados, o relaxamento do controle de fronteiras, etc. Para Streck, passamos de uma fase de comissão de delitos denominados clássicos para outra de delitos mais complexos ou não-tradicionais.<sup>61</sup>

---

<sup>56</sup> AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Libertação de André do Rap motiva nova discussão sobre Processo Penal**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/699860-libertacao-de-andre-do-rap-motiva-nova-discussao-sobre-processo-penal/>>. Acesso em: 30 nov 2021

<sup>57</sup> STRECK, Lênio. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. ed. 2013. Pg. 23

<sup>58</sup> STRECK, Lênio. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. ed. 2013. Pg. 270

<sup>59</sup> STRECK, Lênio. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. ed. 2013. Pg. 240

<sup>60</sup> STRECK, Lênio. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. ed. 2013. Pg. 241

<sup>61</sup> STRECK, Lênio. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. ed. 2013. Pg. 242

O medo do narcotráfico, promoveu os traficantes a principal ameaça coletiva, substituindo os medos importados com terrorismo e a já datada guerra fria. De um certo modo, essa identificação de inimigo facilita uma reação punitiva extrema, uma das manifestações mais características deste combate é a tipificação das condutas de “pertencer ou colaborar com uma organização delitiva”<sup>62</sup>. Assim, a solução que se aventa dirige-se contra os sujeitos com os quais não se identifica a maioria social, que está obcecada pela possibilidade de ser vítima do delito e que não teme, em contrapartida, os eventuais abusos do Estado no exercício de seu poder punitivo, posto que tais excessos, em qualquer caso, recairiam sobre elementos alheios ao corpo social “nacional”.<sup>63</sup>

Assim, as características do populismo punitivo são guiadas por três assunções: que as penas mais altas podem reduzir o delito, que penas ajudam a reforçar o consenso moral existente na sociedade e que há ganhos eleitorais que são produto deste uso.<sup>64</sup>

A consequência disto é a politização do poder judiciário, está simbiose de direito e política obriga que a suprema corte, vezes por outra, se transforme em um indesejável poder legislativo, promovendo as reformas que os demais poderes da república não fizeram. São os juízes que promovem os medicamentos para os carentes. São eles que determinam a internação de enfermos em hospitais; São eles que dão a última palavra sobre realização de obras públicas, eles praticam atos como impor aos órgãos da administração pública a realização de certas despesas, mesmo que, para isso, não existam recursos, enquanto as autoridades cujo estas tarefas deveriam ser confiadas preferem o discurso, sem compromisso<sup>65</sup>.

A lei “regra-do-jogo”, sonhada pelo liberalismo dos revolucionários franceses, acabou mostrando sua inevitável cara política. Como disse François Ewald “encontramo-nos na era do legado sem direito, porque um dos modos pelo qual o Direito se destrói é o excesso de direitos.”<sup>66</sup>. Castanheira Neves (2011, p. 117) ainda complementa:

O direito simplesmente passou a ser função de outros interesses – econômicos, políticos, sociais – etc., todos muitas vezes estranhos à própria ideia de justiça. Em oblação a inúmeros “deuses”, sacrificou o que talvez lhe fosse mais caro: sua autonomia.

Ao magistrado é dado o poder da interpretação legal, interpretação está vinculada a própria lei, tais como os preceitos constitucionais, princípios e normas que compõe o sistema jurídico, porém o que se verificou ao longo dos anos com entendimentos mutantes e decisões

---

<sup>62</sup> STRECK, Lênio. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. ed. 2013. Pg. 245

<sup>63</sup> STRECK, Lênio. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. ed. 2013. Pg. 243

<sup>64</sup> STRECK, Lênio. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. ed. 2013. Pg. 244

<sup>65</sup> STRECK, Lênio. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. ed. 2013. Pg. 96

<sup>66</sup> EWALD, François. **Foucault, A norma e o Direito, versão portuguesa**, Editora Veja, Lisboa. 2000. p.186

oportunistas é de que por vezes a lei tem um papel meramente exemplificativo. Ao passo que a suprema corte se transformou na última instância dos interesses de poderosos.

Em apuração do jornal Estado de São Paulo, constatou-se cerca de 225 decisões liminares concedidas em Habeas Corpus distribuídos para o mesmo ministro, Marco Aurelio Mello, em 2020, sendo que a situação de 15 deles era semelhante à de André do Rap. Nesses casos, as decisões foram revertidas pelo colegiado, mas os acusados já estavam foragidos<sup>67</sup>. Chegando ao extremo de constar em gravações telefônicas, efetuadas por membros de facções criminosas, a urgência pela distribuição dos Habeas Corpus para determinados ministros, pela maior “facilidade” na concessão da liberdade, em suas palavras: “agilizar o ingresso de pedidos de soltura, porque o ministro, cujo nome não mencionaram, se aposentaria em meados de 2021”.<sup>68</sup>

A mudança de entendimento por parte da corte suprema não é novidade para os operadores do direito, trazendo um clima de instabilidade e insegurança jurídica. No entanto, de todas as decisões exemplo que poderiam ser trazidas a discussão, sem dúvidas a que mais evidência este comportamento “mutante” é o debate quanto a prisão em segunda instância. O Supremo Tribunal Federal, em 2009, assentou que era inconstitucional a execução antecipada da pena. À época, por 7 votos a 4, o plenário concedeu o HC 84.078 para permitir a um condenado pelo TJ/MG que recorresse em liberdade. Em fevereiro de 2016, por sua vez, também em HC (126.292), e com o mesmo placar, 7 votos a 4, mas com composição diversa, o plenário alterou a jurisprudência afirmando ser possível a prisão após 2ª instância. Na ocasião, a guinada jurisprudencial foi capitaneada pelo ministro Teori Zavascki e válida somente ao que dizia respeito ao caso concreto. A mudança gerou insegurança jurídica: os próprios ministros da Corte passaram a decidir, monocraticamente, de formas distintas. Em outubro de 2016, o novo posicionamento foi mantido, mas em julgamento de liminares das ADCs, que, agora, foram finalmente julgadas, por 6 votos a 5. Foi declarada inconstitucional a prisão em segunda instância.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup>VALFRÉ, Vinicius. **Polícia Procura 21 criminosos soltos por decisões do ministro Marco Aurélio**. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,policia-procura-21-criminosos-soltos-por-decisoes-do-ministro-marco-aurelio,70003476755>>. Acesso em: 30 nov 2021.

<sup>68</sup>PAGNAN, Rogério. **Polícia de São Paulo abastece ministros do STF sobre informações sobre André do Rap**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/10/policia-de-sp-abastece-ministros-do-stf-sobre-informacoes-sobre-andre-do-rap.shtml>>. Acesso em: 30 nov 2021

<sup>69</sup>Redação do Migalhas. **STF volta a proibir prisão em 2ª instância; placar foi 6 a 5**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/314723/stf-volta-a-proibir-prisao-em-2--instancia--placar-foi-6-a-5>>. Acesso em: 30 nov 2021

Este comportamento não é só nocivo ao ordenamento jurídico, mas a toda noção de confiança que alicerça as relações dos cidadãos com o Estado democrático de direito. É preciso que resgatem a credibilidade. O sistema tem de se mostrar durável e se basear em compromissos recíprocos de confiança. É a confiança que motiva a celebração do contrato social, o qual, em última análise, é responsável pela atual forma do Estado. Desta maneira, os humanos precisam confiar nas promessas públicas, especialmente no tocante ao respeito a proteção dos seus direitos. A promessa compromete o futuro se conseguir apoiar-se numa forma prévia de confiança que ao mesmo tempo regenera e reforça<sup>70</sup>. Caso falhemos nesta missão, não será possível projetar raízes concretas para frente, pois os elos formados serão extremamente frágeis e instáveis<sup>71</sup>.

## 9. PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO LEGAL COMO SOLUÇÃO

Resta imperativo à responsabilidade/dever do magistrado arguir as hipóteses possíveis à aquele que se encontra sob a custódia do estado, devendo, se for o caso de decretação de prisão preventiva, elencar criteriosamente os motivos e circunstâncias que corroboram com a medida excepcional. Para tanto, ele deverá observar princípios basilares do ordenamento jurídico, tal como o uso adequado da hermenêutica e razoabilidade.

Para Lênio Streck, o juiz deve buscar com rigor a vontade da lei e, caso não há encontre, deve se ater a procura solipsista da “vontade do legislador”, para então finalmente, quando nenhuma das duas orientações for o bastante, passar a vontade do intérprete, respeitando os preceitos constitucionais e os pactos ao qual o Brasil é signatário<sup>72</sup>, porém a análise do caso concreto por este prisma tende a ocasionar arbitrariedades e decisionismos interpretativos. A hermenêutica funciona como um remédio contra tais interpretações arbitrárias conforme alertava Dworkin<sup>73</sup>. Mais que isso, a hermenêutica combate o positivismo irresponsável. O direito é composto por regras e princípios comandados por uma constituição, as palavras da lei podem trazer vagueza e ambiguidade, cabendo aos princípios nortear estas lacunas cognitivas<sup>74</sup>. O intérprete não deve partir de imediato a literalidade da lei, já com conceitos pré-estabelecidos. Ao contrário, deve colocar à prova o conteúdo da lei, sob um véu crítico

---

<sup>70</sup> OST, François. **Le temps du droit Ost**. 1999, p. 219

<sup>71</sup> STRECK, Lênio. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. ed. 2013. Pg 75

<sup>72</sup> STRECK, Lênio. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. ed. 2013. Pg 28

<sup>73</sup> DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Harvard University Press. 1986, pg. 305 e segs. Leciona que a defesa de respostas constitucionalmente corretas, em consonância com a integridade jurídica não devem apresentar tratamento diferenciado a determinados indivíduos, a não ser que esta diferenciação seja justificada e adequada aos princípios políticos que regem a comunidade política.

<sup>74</sup> STRECK, Lênio. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. ed. 2013. Pg.31



atestando a sua legitimidade e validade. A resposta constitucionalmente adequada exsurge quando os tribunais, reconhecendo o pressuposto interpretativo da integridade, procuram apresentar em um conjunto coerente, os princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, com a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade<sup>75</sup>.

A hermenêutica não é ciência exata, compromissada com a certeza nem com a verdade, pois a verdade real talvez seja ela mesma intangível. A existência humana difere conforme as eras, tal como ensina Heidegger<sup>76</sup>, a hermenêutica deve se pautar nesta premissa básica, especialmente a partir da preocupação com os Direitos Humanos que se aproximam a contemporaneidade, mas afasta-se da pretensão de construir uma “resposta certa”. Deve-se buscar a resposta mais adequada, naquele momento temporal, ao caso concreto.<sup>77</sup> As fundamentações das decisões jurisdicionais devem apresentar as “respostas hermenêuticamente corretas”, que nem sempre representarão o interesse da maioria, do poder político, ou do poder econômico.

Estas decisões hermenêuticamente corretas precisam romper as amarras do método dedutivo kelsiano, que apesar de historicamente importante, se mostra deslocado do mundo circundante, assim o método mais preciso se torna o indutivo, voltado à observação empírica das decisões individuais, aproximando-se mais do método indutivo de estudo de caso americano. Se o ponto de partida for de que a constituição é o elemento mais importante do ordenamento jurídico, o correto seria a adoção do método dedutivo. Se por outra sorte, entretanto, enfatiza-se a interpretação feita pelo poder judiciário em casos concretos, o mais adequado mostra-se o método indutivo. Opina, neste sentido, Lênio Streck (2013, p.145): “Parece-nos, na realidade, que o método jurídico confunde o dedutivo com o indutivo e que existe meramente uma dialética do bom-senso. Estamos, assim, distantes da verdade”.

O positivismo que tinha como matriz de criação o combate as arbitrariedades típicas do sistema absolutista, acabou por intentar no mesmo vício ao replicar sem critério o desejo político do legislador. Ao se analisar as causas de maneira metódica, epistemologicamente amparada na neutralidade formal, anulou as consequências morais da decisão, imprimindo um tom meramente técnico ao operador judicativo, sacrificando sua autonomia.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> STRECK, Lênio. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. ed. 2013. Pg. 34

<sup>76</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo, Parte I**. § 32. 2002, p.204 et seq: A interpretação é o modo de conhecer as possibilidades lançadas pela compreensão. Ela não se dá sempre da mesma maneira, pois o mundo é mutável tal como as pessoas, se mostra prudente a abertura à revisão das interpretações circunscritas a decisões anteriores.

<sup>77</sup> STRECK, Lênio. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. ed. 2013. pg.78

<sup>78</sup> STRECK, Lênio. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. ed. 2013. pg. 170

Para Lênio Streck, é somente no diálogo com a realidade concreta do caso que se revela o sentido específico da racionalidade jurídica<sup>79</sup>. Com autonomia, mas sem discricionariedade, e blindado contra critérios aleatórios da subjetividade, o julgador, realiza a juridicidade em iminência com a validade axiológica-normativa, não apenas do direito positivo mas da consciência jurídica histórico-cultural.<sup>80</sup> Se considerarmos este caráter prático concreto do caso, as decisões devem se nortear em um prisma prático-problemático, e não lógico-dogmático-sistemático.<sup>81</sup>

## 10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão não poderia ser outra, o Estado brasileiro se mostra mais uma vez ineficiente, incapaz de cumprir as leis que ele mesmo promulga, um escândalo orquestrado sob artifícios jurídico-políticos. O problema não é a lei, ou sua redação, mas sim a incompetência quase endêmica dos operadores do direito e legisladores de fazer cumprir as disposições constitucionais de maneira arrazoada e eficaz. E qual seria a causa do problema? A formulação de leis inaplicáveis ou pouco acuradas? O judiciário que não promove a razoável duração do processo penal? Déficit de servidores? De magistrados? A precariedade da estrutura judiciária em sentido *latu sensu*?

Talvez a solução esteja relacionada com todas as opções anteriores, talvez com nenhuma delas, mas o fato é que quem paga o preço maior é o cidadão acusado criminalmente que tem que suportar as “falhas do sistema” e ter seu tempo de vida arbitrado pela sorte. Na ânsia de corrigir estas mazelas, magistrados e advogados mais garantistas tendem a uma conduta mais protetiva, quase cega à realidade do caso concreto, omitindo desdobramentos óbvios e previsíveis que tornam o próprio processo inócuo, defendendo um positivismo arcaico sob o manto da “defesa das garantias individuais”. Enquanto há uma disputa principiológica entre os operadores do direito, se corroí o espírito da sociedade que sente que: ao passo que há um exagero do uso das prisões preventivas no Brasil, igualmente se mostra irresponsável a fobia ao instituto, ou, em outras palavras, se prende quem não precisa e se solta quem deveria estar preso. Em última análise, há cada vez mais cidadãos médios rompendo com o império da lei e um Estado democrático de direito e se seduzindo por modelos mais autoritários, sob nenhum ponto de vista há vitória.

---

<sup>79</sup> STRECK, Lênio. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. ed. 2013. pg. 173

<sup>80</sup> STRECK, Lênio. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. ed. 2013. 174

<sup>81</sup> STRECK, Lênio. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. ed. 2013. pg. 175

A questão ganha tons ainda mais dramáticos quando até a corte suprema adere ao populismo normativo sob um véu político perigoso. Se não houver o exemplo positivo do órgão hierarquicamente superior, como ensina Streck, “quanto a capacidade de tomar decisões hermeneuticamente adequadas, se o despreparo para o exercício profissional atinge a todos os juízes, então seguramente devemos suspeitar que o problema deixa de ser funcional, para se tornar estrutural”<sup>82</sup>. Juízes julgam, legisladores legislam, esta noção primária deveria ser redundante e não um conto de fadas contado em faculdades para os novos operadores do direito que venham a se formar. Ainda temos um longo caminho pela frente.

O problema das prisões não é recente e continuará ancião durante muitos anos ao que tudo indica, e de nada adianta a formulação de uma lei que sane este problema se ela será usada de maneira discricionária e arbitrária dependendo de quem a se destina. Mais do que uma lei perfeita, precisamos de operadores comprometidos, sérios, íntegros, que não sejam manipulados por pressões sociais ou interesses escusos. Parafraseando Norberto Bobbio “o problema fundamental em relação aos direitos do homem não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”<sup>83</sup>. Que isto valha tanto para os direitos individuais, quanto para os direitos coletivos, pois um sem o outro não tem razão de ser.

---

<sup>82</sup> STRECK, Lênio. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. ed. 2013. Pg. 92.

<sup>83</sup> Bobbio, Norberto. 1992, p. 24

## REFERÊNCIAS

UOL. O que é o PCC? Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/03/04/o-que-e-o-pcc.htm>>. Acesso em: 30 nov 2021

TOMAZ, Kleber. PF divulga 11 fotos com possíveis disfarces do traficante André do Rap, chefe de facção de SP que é procurado pela Interpol. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/12/10/pf-divulga-11-fotos-com-possiveis-disfarces-do-trafficante-andre-do-rap-chefe-de-facao-de-sp-que-e-procurado-ate-pela-interpol.ghtml>>. Acesso em: 30 nov 2021

MONTEIRO, A. C., NETTO, R., GALVÃO, C., CERÂNTULA, R. Traficante internacional é preso em condomínio de luxo em Angra dos Reis. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/sul-do-rio-costa-verde/noticia/2019/09/15/trafficante-procurado-pela-interpol-e-preso-em-condominio-de-luxo-em-angra-dos-reis.ghtml>>. Acesso em: 30 nov 2021

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2012

STRECK, Lênio. Constituição, Sistemas sociais e hermenêutica. ed. Livraria do advogado. 2013

CRUZ, Rogerio Schietti. Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas com a Lei 12.403/11. 2 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

BECCARIA, cesare. Dos delitos e das Penas. Tradução: Ed. Martin Claret Ltda. Ano 2000. Título original: *Dei Delitti e Delle Pene* (1764)

ALMEIDA, J. C. M. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1973.

PIMENTEL, Irene. O Tribunal Plenário, instrumento de justiça política do Estado Novo. Disponível em: <<http://jugular.blogs.sapo.pt/1728394.html>>. Acesso em: 30 nov 2021

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Depen lança dados do Sisdepen do primeiro semestre de 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/depen-lanca-dados-do-sisdepen-do-primeiro-semester-de-2020>>. Acesso em: 30 nov 2021

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 30 nov 2021

FREITAS, Vladimir. A soltura de "André do rap" vai além do artigo 316 do CPP. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-18/segunda-leitura-soltura-andre-rap-alem-artigo-386-cpp>>. Acesso em: 30 nov 2021

MASI, Carlos. Audiência de custódia e cultura do encarceramento no Brasil. 1 ed. Canal Ciências Criminais. 2018.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal (LGL\1941\8) brasileiro anotado. Campinas: Bookseller, 2000. vol. 3

LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Ed. Impetus. Niterói. 2012

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione alio Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*. 1936.

MADEIRA, Mariana. O estéril dever de revisão da manutenção da preventiva no prazo de 90 dias. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2020-out-08/pensando-habeasa-revisao-manutencao-preventiva-prazo-90-dias#\\_ftn4](https://www.conjur.com.br/2020-out-08/pensando-habeasa-revisao-manutencao-preventiva-prazo-90-dias#_ftn4)>. Acesso em: 30 nov 2021

FRANCO. Crimes hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 85/2010. São Paulo: Ed. RT, 1991

ZANOIDE, Maurício. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CINTRA, A., PELLEGRINI, A., DINAMARCO, C. Teoria Geral do Processo, São Paulo, 1981, 3.<sup>a</sup> ed.

ZILLI, Marcos. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 85. 2010

LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal, volume I. 2015

JARDIM, Afrânio. Visão sistemática da prisão provisória no código de processo penal. Thomson Reuters. vol. 41. 1986

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Princípio da presunção e inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ed. *Revista do Advogado*. São Paulo. 1994

MAXIMILIANO. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. ed. Freitas Bastos. 1965.

WEDY, Miguel. Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização. ed. 2015

TOURINHO, F. C. *Processo Penal*. 1998. p. 476.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. 1991

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press. 1986, pg. 305 e segs.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo, Part I*. Ed. Vozes. 2002.

LOPES JR., A., BADARÓ, G. – *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. 2009

STOCHERO, Tahiane. Audiência de custódia evitou a entrada de 8 mil nos presídios. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html>>. Acesso em: 30 nov 2021

G1. André do Rap é condenado a pagar multa de R\$ 2,4 milhões à Justiça Federal por tráfico internacional de drogas. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2021/09/24/andre-do-rap-e-condenado-a-pagar-multa-de-mais-de-r-24-milhoes-a-justica-federal-por-trafico-internacional-de-drogas.ghtml>>. Acesso em: 30 nov 2021

JOVEM PAN. Operação para prender André do Rap custará cerca de R\$ 5 milhões à PF. Disponível em: <<https://jovempan.com.br/programas/jornal-da-manha/operacao-para-prender-andre-do-rap-custara-cerca-de-r-5-milhoes-a-pf.html>>. Acesso em: 30 nov 2021

GARCIA, Basileu. **Comentários ao Código do Processo Penal**. 3.º vol. 1945

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. Libertação de André do Rap motiva nova discussão sobre Processo Penal. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/699860-libertacao-de-andre-do-rap-motiva-nova-discussao-sobre-processo-penal/>>. Acesso em: 30 nov 2021

EWALD, François. Foucault, A norma e o Direito, versão portuguesa, Ed. Veja, Lisboa. 2000

VALFRÉ, Vinicius. Polícia Procura 21 criminosos soltos por decisões do ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,policia-procura-21-criminosos-soltos-por-decisoes-do-ministro-marco-aurelio,70003476755>>. Acesso em: 30 nov 2021.

Pagnan, Rogério. Polícia de São Paulo abastece ministros do STF sobre informações sobre André do Rap. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/10/policia-de-sp-abastece-ministros-do-stf-sobre-informacoes-sobre-andre-do-rap.shtml>>. Acesso em: 30 nov 2021

Redação do Migalhas. STF volta a proibir prisão em 2ª instância; placar foi 6 a 5. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/314723/stf-volta-a-proibir-prisao-em-2--instancia--placar-foi-6-a-5>>. Acesso em: 30 nov 2021

OST, François. Le temps du droit Ost. Ed. Odile Jacob. 1999

BOBBIO, Norberto: A Era dos Direitos. ed. Campus, Rio de Janeiro, 1992.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Pró-Reitoria de Graduação  
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar  
Porto Alegre - RS - Brasil  
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564  
E-mail: [prograd@pucrs.br](mailto:prograd@pucrs.br)  
Site: [www.pucrs.br](http://www.pucrs.br)