

Visão do Direito



Rita Machado de Oliveira

Advogada criminalista, mestrande em processo penal na USP e sócia do escritório Corsetti Diniz Machado



Cleber Lopes

Advogado criminalista, sócio-fundador da Lopes de Oliveira Advogados professor de direito e processo penal

Quando a exceção vira regra: a prisão cautelar como antecipação de pena

Há uma regra que a Constituição de 1988 escolheu para fundar o processo penal democrático: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Não é fórmula retórica. Toda a engenharia das medidas cautelares, em especial a prisão preventiva, só se sustenta enquanto fiel a essa regra. Quando se afasta dela, deixa de ser instrumento processual e passa a ser pena disfarçada.

É exatamente esse deslocamento que se observa, há mais de uma década, no modus operandi das grandes operações brasileiras. Da Operação Satiagraha à Lava-Jato, dos desdobramentos investigativos sobre os atos de 8 de janeiro de 2023 às fases sucessivas da mais recente Operação Sem Desconto – também conhecida como Farra do INSS, repete-se um padrão: a prisão preventiva, concebida pelo legislador como medida excepcional e instrumental, opera de fato como primeira providência e, frequentemente, como única providência verdadeiramente eficaz do ponto de vista do espetáculo investigativo. A exceção tornou-se método.

O artigo 312 do Código de Processo Penal exige, para a custódia preventiva, prova da materialidade, indício suficiente de autoria e — sobretudo — perigo concreto gerado pelo estado de liberdade do imputado, traduzido em risco à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal. O artigo 282, § 6º, completa a equação: a prisão é última ratio, cabível apenas quando demonstrada, motivadamente, a insuficiência das medidas cautelares diversas previstas no art. 319 do CPP.

A leitura sistemática é cristalina. A regra é a liberdade; a exceção, a custódia. Entre uma e outra, há um leque de cautelares menos graves, como monitoração eletrônica, recolhimento domiciliar, proibição de contato, suspensão do exercício de função pública, fiança etc., as quais o Magistrado tem o dever, e não a faculdade, de considerar antes de decretar o encarceramento provisório.

Na prática forense de grande visibilidade, contudo, a sequência se inverte. A prisão é decretada como ato inaugural da operação, frequentemente sustentada em fundamentos genéricos como “gravidade do esquema”, “sophisticção da organização criminosa”, “magnitude dos valores envolvidos”, que o próprio Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), ao inserir o § 2º no art. 312, procurou expressamente vedar ao exigir fundamentação em “fatos novos ou contemporâneos”. As cautelares diversas, quando lembradas, aparecem na fundamentação apenas para serem afastadas em bloco, sem o esforço analítico que a subsidiariedade exige.

Há, ainda, uma distorção mais grave, e mais antiga, que a literatura crítica vem denunciando desde os tempos de Lava Jato: a utilização da prisão cautelar como mecanismo de pressão para a obtenção da colaboração premiada. Pesquisas empíricas sobre aquele ciclo, notadamente os trabalhos sobre as decisões da 13ª Vara Federal de Curitiba e do TRF da 4ª Região, documentaram uma correlação que não é coincidência: a custódia precedia o acordo; a colaboração precedia a soltura.

Quando a prisão preventiva passa a desempenhar essa função, rompe com sua

natureza cautelar e assume contornos coativos vedados pelo ordenamento. O art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/2013 exige expressamente que a colaboração seja voluntária. A voluntariedade, contudo, dificilmente subsiste quando a alternativa concreta é a permanência no cárcere por tempo indeterminado. Ferrajoli já advertia, em *Direito e Razão*, que a prisão sem condenação opera como tortura institucionalizada quando deixa de servir ao processo e passa a servir contra o acusado.

A esse quadro soma-se um elemento que multiplica seus efeitos: a morosidade do Judiciário na apreciação dos pedidos defensivos. O parágrafo único do art. 316 do CPP, na redação dada pelo Pacote Anticrime, impôs ao juízo o dever de revisar a necessidade da custódia a cada 90 dias, sob pena de ilegalidade.

O STF, no julgamento das ADIs 6581 e 6582 (Plenário, j. 10/03/2022), confirmou a obrigatoriedade da reavaliação periódica até o encerramento da cognição plena pelo tribunal de segundo grau, inclusive nos feitos sob prerrogativa de foro. Na prática, contudo, a revisão se transforma em ritual: despachos lacônicos que repetem os fundamentos originais sem confrontá-los com o estado atual do processo, sem aferir a contemporaneidade dos riscos, sem ponderar circunstâncias supervenientes, tais como bloqueios patrimoniais efetivados, provas colhidas, delações homologadas. A garantia processual existe; a garantia material, não.

Enquanto isso, habeas corpus aguardam pauta. Pedidos de revogação dormitam em gabinetes. E o tempo — que para o Magistrado é dado processual — para o preso é vida

concreta subtraída. A Súmula 697 do STF e a reiterada jurisprudência sobre excesso de prazo reconhecem o constrangimento ilegal quando a instrução se arrasta sem causa imputável à defesa. O princípio da homogeneidade lembra ainda algo elementar: a custódia provisória não pode ser mais gravosa do que a pena eventualmente aplicável. Mas o reconhecimento jurisprudencial chega — quando chega — depois de meses ou anos de privação. A reparação é simbólica; o dano, irreversível.

Combater fraudes bilionárias, organizações criminosas e desvios contra o patrimônio público é dever indeclinável do Estado. Nada do que se afirmou neste artigo desautoriza esse dever; ao contrário, o pressupõe. O que se questiona é o caminho. Quando se admite que o fim, por mais legítimo que seja, justifique a banalização da prisão cautelar, a relativização da presunção de inocência ou a leniência com a mora processual, transfere-se ao próximo investigado, e ao seguinte, a conta de cada precedente erodido.

Direitos fundamentais não se medem pela simpatia do titular. Sua função é precisamente proteger os que a opinião majoritária não quer proteger. Uma prisão preventiva decretada fora dos estritos limites do art. 312 do CPP, ou mantida além do tempo razoável sem reavaliação fundamentada, não deixa de ser ilegal porque o preso é impopular. Deixa de ser ilegal apenas quando a Justiça, com a serenidade que lhe é exigida, recoloca a exceção no seu lugar e devolve à liberdade o seu estatuto de regra. Essa, e não outra, é a tarefa civilizatória do processo penal.



Barbara Heliodora

Advogada especialista em direito de família e alienação parental

Consultório Jurídico

Morar com o pai ou a mãe: até que ponto a criança pode decidir?

Após uma separação, é comum que pais enfrentem uma situação delicada: o filho passa a rejeitar a convivência com um dos genitores. Nesse momento, surge uma dúvida frequente: a criança pode decidir com quem quer morar ou se deseja visitar o pai ou a mãe?

A resposta exige cautela. A vontade da criança deve ser ouvida e respeitada, mas isso não significa que ela tenha autonomia para

definir sozinha questões relacionadas à guarda e à convivência familiar.

No Brasil, o convívio com ambos os pais é um direito garantido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Por isso, qualquer decisão deve considerar, acima de tudo, o melhor interesse da criança.

Quando há recusa na convivência, é fundamental compreender o que está motivando esse comportamento. Em muitos casos, a resistência é uma reação natural ao processo de separação, às mudanças na rotina ou às dificuldades de adaptação à nova dinâmica familiar.

No entanto, a rejeição também pode indicar situações mais graves, como negligência,

violência, medo real ou influência indevida de terceiros. Existe uma diferença importante entre um desconforto pontual e o rompimento do vínculo afetivo por fatores externos.

A idade e o grau de maturidade da criança também são levados em consideração pela Justiça. Quanto maior a capacidade de compreensão e expressão, maior tende a ser o peso atribuído à sua opinião. Ainda assim, a manifestação de vontade nunca é o único elemento analisado.

Em disputas judiciais, é comum a realização de estudos psicossociais, avaliações técnicas e escuta especializada para identificar as razões da recusa e verificar se há algum risco envolvido.

O mais importante é que a criança nunca seja colocada no papel de escolher entre pai e mãe. Sua voz será ouvida justamente para permitir a identificação das reais causas da resistência, inclusive quando pode decorrer não apenas de situações de abuso, mas também de campanhas de desqualificação de um genitor contra o outro, o que configura hipótese de violência psicológica e exige atenção do Judiciário.

Crianças não devem ser colocadas no centro dos conflitos parentais. O foco deve ser sempre a proteção de seus vínculos afetivos e a garantia de um ambiente seguro e saudável para seu desenvolvimento.