

A PRISÃO PREVENTIVA E A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

RAISSA FERBER COREZZI PINHEIRO¹
raissaferber@gmail.com

Resumo: A prisão preventiva é frequentemente utilizada de maneira arbitrária, com intuito de dar uma rápida resposta ao crime. Entretanto, é cediço que quando o Estado busca a aplicação do seu direito de punir, muitas vezes compromete as garantias fundamentais dos acusados previstas expressamente na Carta Magna e em tratados internacionais. O direito a razoável duração do processo foi inserido no ordenamento jurídico pátrio com a Emenda Constitucional nº 45/2004, porém já poderia ser inferido desde quando o Brasil passou a ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica, em 1992. Assim, destaca-se que todo indivíduo tem direito, em especial àquele que se encontra submetido a uma prisão preventiva, à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, tendo como ponto de equilíbrio o *jus puniendi* do Estado e o direito de ampla defesa do indivíduo. Nesse sentido, frisa-se que a aplicação desse direito não pode ficar restrita apenas à interpretação dos magistrados, fazendo-se necessário, portanto, a elaboração de uma lei que efetive a duração dessa prisão cautelar, assegurando prazos máximos para que o acusado possa ser colocado em liberdade, bem como a aplicação de sanções mais rígidas aos agentes envolvidos. Para a realização deste trabalho, utilizou-se o método científico indutivo, o qual permite descobrir e confirmar certas hipóteses e leis, a partir de pesquisas bibliográficas pertinentes ao tema, observado os entendimentos das doutrinas e legislações afins.

Palavras-chaves: Prisão provisória; Prisão cautelar; Prazo processual Princípios constitucionais.

Abstract: Pretrial detention is often used arbitrarily, with the aim of providing a quick response to the crime. However, it is known that when the State seeks to apply its right to punish, it often compromises the fundamental guarantees of the accused expressly provided for in the Magna Carta and in international treaties. The right to a reasonable duration of the process was inserted in the country's legal system with Constitutional Amendment No. 45/2004, but it could already be inferred since when Brazil became a signatory of the Pact of San José, Costa Rica, in 1992. It is understood that every individual has the right, especially those who are subject to preventive detention, to a reasonable duration of the process and to the means that guarantee the speed of its processing, having as a balance point the *jus puniendi* of the State and the right to broad defense of the individual. In this sense, it is emphasized that the application of this right cannot be restricted only to the interpretation of the magistrates, making it necessary, therefore, the elaboration of a law that puts into effect the duration of this precautionary detention, ensuring maximum periods for the accused to be released, as well as the application of stricter sanctions to the agents involved. To carry out this work, the inductive scientific method was used, which allows discovering and confirming certain hypotheses and laws, based on bibliographical research relevant to the subject, observing the understanding of related doctrines and legislation.

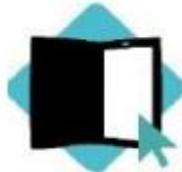
Keywords: Provisional prison. Pretrial detention. Procedural term. Constitutional principles.

1 INTRODUÇÃO

A prisão preventiva, espécie de prisão cautelar, caracteriza-se pela provisoriedade e por ser decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. De forma contrária às prisões temporárias, essa modalidade de prisão não possui prazo de duração fixado em lei, podendo contrariar o princípio da duração razoável do processo, garantia expressamente prevista na Constituição Federal.

Para tanto, o presente trabalho será estruturado em três seções a fim de desenvolver esta temática, da seguinte forma: o direito a duração razoável do processo; as modalidades

¹Discente do Curso de Direito do Centro Universitário Estácio do Recife



de prisões cautelares no processo penal brasileiro e a duração da prisão preventiva no ordenamento jurídico pátrio.

Em sua primeira seção, para uma melhor compreensão, será analisado o princípio da duração razoável do processo em face da Constituição da República Federativa do Brasil e da Convenção Americana de Direitos Humanos, demonstrando uma breve evolução histórica dessa garantia fundamental.

Na sequência, serão estudadas detalhadamente as três modalidades de prisões cautelares no direito processual penal brasileiro, apontando seus conceitos, principais características, pressupostos, hipóteses de decretação e os pontos semelhantes e divergentes entre as prisões processuais penais.

Em ato contínuo, será exposta a indeterminação acerca do prazo da prisão preventiva e será demonstrada a importância de uma norma regulamentadora dessa modalidade de prisão cautelar, impedindo-a de ser utilizada como instrumento de prorrogação indefinida do processo penal.

Destaca-se a utilização do método científico indutivo, o qual permite descobrir e confirmar certas hipóteses e leis, a partir de pesquisas bibliográficas pertinentes ao tema, observando os entendimentos das doutrinas e legislações afins.

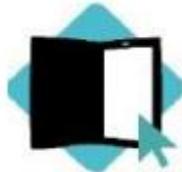
Dessa maneira, o tema deste trabalho está inserido no direito processual penal brasileiro e tem como objetivo avaliar como o excesso de prazo da prisão preventiva contraria o princípio da não culpabilidade, bem como demonstrar a importância do estabelecimento de um prazo para as prisões preventivas e analisar suas modalidades e principais características.

O DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O princípio da duração razoável do processo foi inserido no artigo 5º, inciso LXXVIII, da constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/1988), por meio da emenda à constituição (EC) nº 45/2004^e, portanto, trata-se de um direito e garantia individual, cláusula pétreia, que não pode sofrer restrição que vise aboli-lo ou restringi-lo. Assim, o princípio constitucional supramencionado assegura a todos, seja no âmbito judicial, seja no administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, tendo como ponto de equilíbrio *ojus puniendi* do Estado e o direito de ampla defesa do indivíduo.

De acordo com Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, o direito à duração razoável do processo é garantia fundamental e pode ser exercido tanto pela vítima quanto pelo réu. Nesse sentido, destaca-se que esse princípio tem como objetivo precípuo evitar uma persecução humilhante, cruel e que, por vezes, representa uma verdadeira antecipação da pena. Ademais, o princípio também garante ao acusado o direito a um processo célere, mas, ao mesmo tempo, impõe ao Estado o dever de oferecer condições para que tais garantias sejam respeitadas pelos agentes envolvidos na persecução penal. No contexto histórico, a garantia à duração razoável do processo encontra antecedentes em diversos documentos e tratados que serviram de verdadeira base para a consagração internacional dos direitos humanos, tais como: o Código de Justiniano, a Carta Magna do Rei João Sem-Terra, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) e, finalmente, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

A CADH, também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, foi adotada no âmbito das Organizações dos Estados Americanos por ocasião da conferência realizada em San José, em 1969. Entretanto, apenas em 1992 a República Federativa do Brasil passou a ser signatária do pacto, tendo o recepcionado com status de norma supralegal,



hierarquicamente abaixo da CF/1988, mas acima dos atos normativos primários. Nesse sentido, apesar de o princípio da duração razoável do processo ter sido expressamente introduzido na CF/1988 apenas no ano de 2004, já era considerado um princípio convencional desde 1992, previsto no artigo 8º da CADH, o qual enuncia as garantias judiciais mínimas e estabelece o seguinte: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa."

Ademais, alguns autores como Aury Lopes Júnior já entendiam que o direito à duração razoável do processo decorria da junção de garantias fundamentais expressamente previstas no artigo 5º da CF/1988, tais como: vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Apesar de toda preocupação com o princípio da duração razoável do processo, o legislador não trouxe uma definição legal que estabelecesse o que de fato é razoável ao se falar em prazo processual. Nesse sentido, a falta de norma gera diversas possibilidades de interpretação a partir do caso concreto em análise, o que prejudica, principalmente, indivíduos que respondem ao processo com a privação da sua liberdade.

Assim, infere-se do Sistema Penal brasileiro a teoria do não prazo em contrapartida à teoria do prazo fixo, visto que não há na Carta Magna, nem na CADH, qualquer menção a possíveis marcos temporais que estabeleçam balizadores máximos da duração razoável do processo. Nesse sentido, resta evidente que na falta de parâmetros temporais pré-estabelecidos, o controle acerca da razoável duração do processo será realizado pela autoridade judicial no caso concreto.

AS MODALIDADES DE PRISÕES CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

As prisões, de maneira geral, se subdividem em prisões extrapenais, prisões penais e prisões provisórias, também denominadas de prisões cautelares, processuais ou não-pena. Estas últimas se subdividem três modalidades: prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva. Diante do acima citado, é importante explicar o conceito das prisões provisórias, visto que a prisão preventiva é uma espécie desta. Para Renato Brasileiro, por exemplo, a prisão cautelar é aquela que ocorre antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, com objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal. Trata-se, portanto, de uma medida excepcional, e não se pode utilizá-la para o cumprimento antecipado da pena ou mesmo para dar satisfação à sociedade ou à mídia. Assim, o artigo 313 do Código de Processo Penal (CPP), em seu §2º, estabelece o seguinte:

*Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.
(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

Aury Lopes Júnior explica que as medidas cautelares de natureza processual penal têm como finalidade a tutela do processo, ou seja, buscam garantir o normal desenvolvimento do processo, e resultam na eficaz aplicação do poder de penar. Assim, as prisões provisórias possuem dois fundamentos indispensáveis: *ofamus comissi delicti* e *opericulum libertatis*.

Ofamus comissi delicti – fumaça do cometimento do delito – está diretamente relacionado à justa causa, ou seja, a prova de materialidade (existência de um crime) e indícios suficientes de autoria. Já *opericulum libertatis*, situação de perigo gerado pelo estado de liberdade do agente, se subdivide em garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal.

Destaca-se, ainda, que as prisões processuais são medidas cautelares de natureza pessoal, não autônomas, que surgem incidentalmente e se vinculam ao processo. Assim, ao se utilizar uma modalidade de prisão provisória, está flexibilizando o princípio da presunção da não culpabilidade, pois restringe a atuação da aplicação desse princípio constitucional,



o qual é um direito fundamental.

PRISÃO EM FLAGRANTE

A prisão em flagrante deriva do latim *flagrare*, que significa queimar, arder, brilhar, ou seja, algo que se encontra evidente, notório. No direito processual penal, essa é a única modalidade de prisão que possui caráter administrativo, visto não requerer um mandado judicial e funciona como um mecanismo de autodefesa da própria sociedade, conforme expressamente previsto no artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP): "Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado."

Essa cautelar também dispensa o *famus comissi delicti* e o *periculum libertatis* presentes nas prisões preventiva e temporária, pois no momento efetivo da prisão em flagrante, o principal objetivo é fazer cessar a prática do crime e, para tanto, tem como requisito apenas a certeza visual do crime, em diversos graus.

Embora a doutrina majoritária entenda que a prisão em flagrante é uma espécie de prisão cautelar, Banacloche Palao, *apud* Aury Lopes Júnior, a classifica com uma prisão pré-cautelar, veja: O flagrante -ou la detención imputativa -não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar. Por isso, o autor afirma que é uma medida independente, frisando o caráter instrumental e ao mesmo tempo autônomo do flagrante.

O CPP estabelece que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do flagrante, ou seja, qualquer indivíduo tem capacidade de realizar a prisão do cidadão que for encontrado em flagrante delito. Na verdade, o legislador dividiu o flagrante delito em facultativo, aquele em que qualquer do povo poderá prender quem quer que se encontre em flagrante delito (trata-se de um exercício regular do direito); e compulsório, no qual as autoridades policiais e seus agentes deverão efetuar a prisão em flagrante, não tendo, via de regra, discricionariedade para prender ou não quem se encontre em flagrante (trata-se de hipótese de estrito cumprimento do dever legal).

Além disso, o flagrante delito ainda se subdivide em três espécies, previstas no artigo 302 do CPP, quais sejam: Flagrante próprio, impróprio ou presumido.

O flagrante próprio, também denominado por flagrante real, perfeito ou verdadeiro está previsto nos incisos I e II do artigo supracitado. Assim, encontra-se em flagrante quem está cometendo ou acaba de cometer a infração penal.

Já o flagrante impróprio, que possui como sinônimos flagrante irreal, imperfeito ou quase

flagrante, encontra-se previsto no inciso III do artigo 302 do CPP. Nessa hipótese, considera-se em flagrante quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa em situação que faça presumir ser autor da infração.

Por fim, o flagrante presumido, também conhecido como ficto ou assimilado, está inserido no inciso IV do artigo supramencionado. Nesse, por sua vez, considera-se em flagrante quem é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Além dessas três hipóteses de prisão em flagrante, a doutrina ainda traz diversas espécies, tais como: flagrante esperado, ação controlada, flagrante preparado e flagrante forjado.

Nesse contexto, o flagrante esperado e a ação controlada são hipóteses lícitas de flagrante delito. O flagrante esperado é aquele no qual a autoridade policial e seus agentes tomam conhecimento de um futuro cometimento de crime e, a partir dessa informação, se dirigem ao local para lá aguardarem o início dos atos executórios. Já na ação controlada,



também denominada de flagrante diferido ou prorrogado, ocorre uma mitigação do flagrante compulsório, na qual, por meio de uma previsão legislativa, a autoridade policial deixa de agir (seja por meio de autorização ou comunicação judicial), em que pese presenciar uma situação de flagrância, para agir em momento mais oportuno do ponto de vista da investigação criminal ou da colheita de provas. Esse flagrante encontra-se positivado na Lei de Drogas, Lei de Organização Criminosa e Lei de Lavagem de Capitais, por exemplo.

Ainda acerca dos das espécies de flagrante tem-se flagrante preparado e flagrante forjado, os quais são considerados ilícitos. O flagrante provocado ocorre quando o agente policial induz ou instiga alguém a praticar um crime e em face da ausência de vontade livre e espontânea do agente, o flagrante é afastado. Veja a súmula 145 do Supremo Tribunal Federal (STF): "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação."

Por outro lado, o flagrante forjado, fabricado, maquinado ou urdido verifica-se quando são criadas provas em um crime inexistente ou praticado por outra pessoa. Nesse sentido, quem fabricou a prova responderá pela lei de abuso de autoridade, se agente público, ou por denúncia caluniosa, se particular, por exemplo.

PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária está prevista fora do Código de Processo Penal, na lei 7.969/1989 e, conforme leciona Aury Lopes Júnior, essa medida cautelar nasceu um pouco depois da promulgação da CF/1988, atendendo à imensa pressão da polícia judiciária do país, a qual havia sido "enfraquecida" diante da perda de alguns importantes poderes, entre eles o de prender para "averiguações" ou "identificação" dos suspeitos, os quais foram abolidos com a Constituição Cidadã.

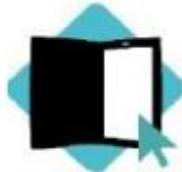
Assim, essa modalidade de prisão, que foi criada para assegurar a eficácia das investigações criminais em relação a alguns crimes graves, possui sua própria natureza instrumental e está atrelada aos princípios da não culpabilidade e da proporcionalidade. Nesse sentido, essa cautelar só deverá ser decretada em *ultima ratio*, ou seja, quando for imprescindível para o acautelamento da fase pré-processual (antes do recebimento da denúncia, a qual dá início à ação penal), evitando-se assim prisões preventivas desnecessárias.

Alguns doutrinadores defendem a inconstitucionalidade formal da prisão temporária. Aury Lopes Júnior, por exemplo, acredita ter havido uma inconstitucionalidade formal pelo fato da lei 7.960/1989 ter se originado a partir de uma Medida Provisória, tendo o Poder Executivo legislado sobre matéria de direito penal e processual penal, que seria de competência privativa da União, conforme estabelece o artigo 22, inciso 1, da CF/1988. Ademais, a posterior conversão da medida provisória em lei não sanaria o vício de competência.

Entretanto, os tribunais superiores já se manifestaram na ADI 162/DF e, por maioria dos votos, a tese não prevaleceu. O Ministro Celso de Mello argumentou que a ADI perdeu seu objeto, visto não ter sido apreciada a tempo, sendo, portanto, outra lei foi reeditada no mesmo sentido.

A prisão temporária possui três requisitos que autorizam a sua decretação: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes taxativamente previstos no rol da lei 7.960/89 bem como nos crimes hediondos.

Até pouco tempo, a corrente majoritária se posicionava no sentido de que para a representação ou requisição da prisão temporária, deveria sempre estar presente o inciso III, cumulado com o inciso I ou II. Porém, recentemente foram julgadas parcialmente



procedentes duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADis) 3360/DF e 4109/DF, as quais alegavam controvérsias interpretativas, com soluções desarrazoadas, e ofensa a cláusula do devido processo legal, do direito à liberdade provisória e da presunção de inocência.

Nesse sentido, o STF, representado Relatora, Ministra Carmen Lúcia, e pelo redator para o acórdão, Ministro Edson Fachin, determinou a interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 1º da lei 7.960/89, bem como fixou o entendimento de que a decretação de prisão temporária é constitucional e será autorizada quando, cumulativamente:

1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, lei 7.960/1989) (*periculum libertatis*), constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito a não autoincriminação, ou quando fundada no mero fato de o representado não possuir residência fixa (inciso II);

2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, lei 7.960/89 (*fumus comissi delicti*), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo;

3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, § 2º, CPP);

4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP); 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos artigos 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP).

Diante do exposto, observa-se que o STF criou requisitos que dificultam a decretação da prisão temporária, o que pode contribuir para uma maior aplicação da prisão preventiva, visto que esta sequer possui um prazo, que possa comprometer o andamento das investigações.

Ademais, é importante destacar que a prisão temporária se submete à cláusula de reserva de jurisdição, ou seja, ela só será decretada pelo juiz, o qual expedirá um mandado de prisão. Entretanto, após a promulgação da lei anticrime, o juiz não mais pode atuar *ex officio*, é imprescindível a sua provocação, seja por meio da representação da autoridade policial ou da requisição do Ministério Público, preservando o sistema acusatório e a imparcialidade do magistrado.

Diferentemente das demais prisões, a prisão temporária é a única que possui um prazo pré-fixado em lei, que pode variar de 5 à 30 dias (crimes hediondos e equiparados), prorrogáveis, por igual período, uma única vez, por extrema e comprovada necessidade.

Destaca-se ainda, o comando implícito de soltura presente na norma, visto que decorrido o prazo previsto no mandado de prisão, a autoridade responsável pela custódia deverá colocar imediatamente o preso em liberdade (salvo se houver prorrogação da prisão temporária ou decretação da prisão preventiva), independente de mandado de soltura, sob pena de configurar-se delito da lei de abuso de autoridade, conforme prevê o artigo 4º da lei 7.960/1989.

PRISÃO PREVENTIVA

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar definem a prisão preventiva como uma prisão de natureza cautelar mais ampla que as demais, visto que é uma ferramenta de encarceramento que permeia toda a persecução penal (inquérito policial e ação penal), logo acaba sendo a prisão provisória mais típica do ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, salienta-se que essa modalidade de cautelar é uma exceção, conforme prevê o artigo 282 §6º do CPP, e somente poderá ser determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. Assim, a prisão preventiva deve ser interpretada restritivamente e ser compatibilizada com o princípio constitucional da presunção de não



culpabilidade, previsto do artigo 5º, inciso LVII da CF/1988.

Destaca-se, ainda, que essa espécie de cautelar impõe a jurisdiicionalidade para a sua determinação, visto que só pode ser decretada pelo juiz ou tribunal competente mediante representação da Autoridade Policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente. Nesse sentido, em face da estrutura acusatória do sistema processual penal brasileiro, não cabe mais a prisão preventiva decretada de ofício pelo magistrado, visto que este deve ser imparcial, alheio aos interesses das partes no processo, consoante estabeleceu a Lei Anticrime, quando alterou tal possibilidade. Ademais, também é imprescindível a motivação e fundamentação para decretá-la, substituí-la ou denegá-la, conforme estabelece o artigo 315 do CPP.

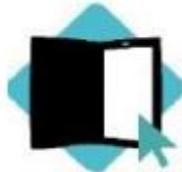
É importante estabelecer os pontos que fazem a prisão preventiva diferente da prisão temporária. Primeiramente, a prisão temporária só pode ser decretada durante o inquérito policial; já a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da persecução penal, seja durante a investigação, seja durante a ação penal (inclusive após sentença condenatória recorrível). A prisão temporária só é cabível quando estiver presente um dos crimes previstos no rol taxativo do artigo 1º, inciso III, da lei 7.960/1989 ou do artigo 2º § 4º, da Lei nº 8.072/90; já a prisão preventiva não possui um rol taxativo, mas deverá preencher as hipóteses do artigo 313 do CPP. Por fim, a prisão temporária, como o próprio nome já diz, possui um prazo pré-fixado, que pode variar de 5 à 30 dias, prorrogáveis por igual período; enquanto a prisão preventiva não possui prazo.

A prisão preventiva possui como requisitos o *famus commissi delicti*, ou seja, a probabilidade da ocorrência do delito (prova do crime e indícios suficientes de autoria) e o *periculum libertatis*, ou seja, o perigo gerado pelo estado de liberdade do sujeito. O *periculum libertatis* deve ser atual ou contemporâneo e deve pautar-se nas seguintes hipóteses previstas no artigo 312 do CPP: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal ou em caso de descumprimento das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. Conforme ensina Renato Brasileiro, a garantia da ordem pública é um conceito extremamente vago e indeterminado, o que gera controvérsias na doutrina e jurisprudência. Para a corrente majoritária, entende-se que esse pressuposto pode ser utilizado quando houver risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, com intuito de resguardar a sociedade em virtude da periculosidade do agente.

No mesmo sentido, o conceito de garantia da ordem econômica se assemelha ao de garantia da ordem pública, porém é aplicado nas hipóteses de crime contra a ordem econômica, como, por exemplo: crimes contra a economia popular; crimes de aplicação ilegal de créditos, financiamentos e incentivos fiscais; crimes contra o sistema financeiro nacional; crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor; crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo; crimes contra a ordem econômica; crimes em matéria de propriedade industrial; crimes de lavagem de capitais.

O pressuposto da garantia da aplicação da lei penal deve ser utilizado quando houver risco de fuga do agente, o que inviabilizará a posterior execução da penal. Mas, por outro lado, o STF, no HC 239269-SP, entendeu que a fuga para não ser preso em flagrante não caracteriza, por si só, argumento suficiente para a decretação da prisão preventiva com base no pressuposto ora explicado. Já a hipótese da conveniência da instrução criminal tem como condão impedir que o agente obstrua ou, até mesmo, destrua provas, comprometendo-se a busca da verdade na persecução penal.

Por fim, há também o pressuposto do descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, previsto no artigo 312, §1º, CPP. Salienta-se que o Enunciado nº 121 do XXX FONAJE estabelece que: "as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP²⁶ e suas consequências, à exceção da fiança, são aplicáveis às infrações



de menor potencial ofensivo para as quais a lei cominar em tese pena privativa de liberdade".

Diante de todo o exposto, presentes os pressupostos anteriormente mencionados, a prisão preventiva poderá ser decretada se preenchido os requisitos do artigo 313 do CPP. Na medida em que o legislador delimitou a prisão preventiva aos crimes dolosos punidos com pena máxima superior a quatro anos (reclusão ou detenção), ele adequou esse artigo 313, inciso I, do CPP ao artigo 44 do Código Penal (CP) o qual estabelece a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito quando a pena cominada não for superior a 4 anos.

Ademais, também poderá ser imputada a prisão preventiva nas hipóteses de reincidentes em crimes dolosos com sentença transitada em julgado, bem como para garantir a execução das medidas protetivas de urgência se o crime (doloso) envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

Também será admitida essa modalidade de prisão cautelar quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida, consoante estabelece o artigo 313 §1º do CPP. Como o referente parágrafo nada menciona sobre a natureza da infração, será cabível tanto para crimes dolosos quanto para culposos.

Nesse sentido, conforme leciona Antônio Scarance Fernandes, a prisão preventiva pode ser classificada em cinco modalidades: a prisão preventiva originária, imposta a pessoa solta (artigos. 312 e 313 do CPP); a prisão preventiva derivada, resultante de conversão da prisão em flagrante (art. 310, inciso II, CPP); a prisão preventiva sancionatória, decorrente do descumprimento de medida cautelar diversa da prisão (art. 312, parágrafo único, CPP); a prisão preventiva protetiva, decretadas para garantir a execução de medidas protetivas de urgência quando envolver violência doméstica e familiar (art. 313, inciso III, CPP); e, por fim, a prisão preventiva esclarecedora, para confirmar a identidade civil da pessoa em caso de dúvida ou falta de elementos suficientes (art. 313, § 1º, CPP).

A DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A prisão preventiva no processo penal brasileiro, segundo leciona o jurista Renato Brasileiro de Lima, segue com absoluta indeterminação acerca do prazo de duração, que passa a exercer o papel de verdadeira antecipação executória da própria sanção penal, podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender presente o pressuposto do *periculum libertatis*. Desse modo, diferente da prisão temporária que possui um prazo determinado em lei, o CPP não estabeleceu qualquer termo para a prisão preventiva.

Assim, uma prisão cautelar que deveria funcionar de maneira provisória, razoável e proporcional, acaba por revelar-se uma prisão definitiva, ferindo o direito fundamental de liberdade de locomoção do acusado. Outrossim, essa situação ainda viola o princípio da presunção de inocência e da duração razoável do processo, garantias previstas expressamente na CF/1988 e na CADH.

Em face da indeterminação de prazo, os Tribunais Superiores tentaram consolidar entendimento, mas sem grande sucesso, de que se o acusado estivesse preso, o processo penal na 1ª instância deveria ser concluído em até 81 dias (prazo observado até o final de instrução criminal), sob pena de caracterizar o excesso de prazo, devendo a prisão ser relaxada e o acusado ser colocado em liberdade.

O prazo ora mencionado surgiu em face de um *leading case* do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual levou em consideração os prazos fixados para a prática dos atos processuais no antigo procedimento comum ordinário dos crimes apenados com reclusão, sem que fosse levado em consideração os prazos de movimentação cartorária.



Diante disso, o jurista Renato Brasileiro de Lima se preocupou em construir um prazo para a prisão preventiva baseado na atual estrutura do CPP, o qual estabelece um mínimo de 95 dias, podendo chegar em até 190 dias. O autor explica que não há dúvida quanto ao termo inicial da prisão preventiva: será a data da prisão do agente, independentemente da espécie da prisão (flagrante, temporária ou preventiva), bem como de haver modificação na sua natureza.

O inquérito policial, via de regra, tem prazo de 10 dias se o réu estiver preso, podendo ser prorrogado por mais 15 dias, conforme artigo 3º-B, §2º, do CPP. Entretanto, na Justiça Federal, o prazo inicial é de 15 dias, podendo ser prorrogado por mais 15 dias.

O prazo para o oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o Ministério Público receber os autos do inquérito policial, consoante explica o artigo 46 do CPP. O mesmo prazo segue o recebimento da denúncia (artigos 396 e 800, inciso II, do CPP).

Já o prazo para a resposta à acusação será de 10 dias. Contudo, se a resposta não for apresentada no prazo previsto em lei ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o magistrado deverá nomear defensor, hipótese que deverão ser somados mais 10 dias ao prazo, segundo estabelece o artigo 396-A, § 2º do CPP. O artigo 409 do CPP determina que após a apresentação da resposta à acusação pela defesa, se forem juntados fatos ou provas novas, faz-se necessário ouvir a acusação -vistas à acusação - em 5 dias, em respeito ao princípio do contraditório.

Posteriormente, será realizada a análise da resposta à acusação, bem como a decisão fundamentada que rejeita eventual pedido de absolvição sumária no prazo de 5 dias, conforme artigos 397 e 800, inciso II, do CPP.

A designação da audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de 60 dias de acordo com o artigo 400 do CPP. Ademais, na hipótese de ser necessária a realização de diligências imprescindíveis para o julgamento, bem como caso trate-se de um caso complexo ou com múltiplos agentes, deverá o magistrado outorgar a casa parte o prazo de 5 dias para apresentação de memoriais (artigo 404, parágrafo único, do CPP). Já o juiz, deverá proferir a sentença no prazo de 10 dias, podendo ser duplicado se justificado o motivo (artigo 800, § 3º, CPP).

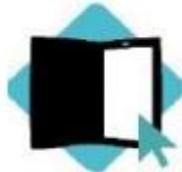
Assim, ao realizar o somatório dos prazos acima descritos, chega-se à conclusão de que o prazo mínimo para se encerrar o processo será de 110 dias, entretanto, a depender das peculiaridades do caso, esse prazo pode chegar até a 190 dias.

Os prazos estipulados pela doutrina para a conclusão da prisão preventiva podem ser observados de forma resumida no quadro 1.

Interessante destacar que a lei anticrime, nº 13.964/2019, conferiu nova redação ao artigo 316 do CPP e incluiu um parágrafo único, o qual impõe ao juízo que ordenou a custódia da prisão preventiva a revisão da necessidade de sua manutenção a cada 90 dias, mediante decisão fundamentada, sob pena de tomar a prisão ilegal.

Quadro 1. Prazos da Prisão Preventiva

| FASE | PRAZO | |
|--------------------------------------|-----------------------------|-----------------------------|
| | Justiça Comum | Justiça Federal |
| Inquérito | 10 dias + 15 dias = 25 dias | 15 dias + 15 dias = 30 dias |
| Oferecimento da peça | 5 dias | 5 dias |
| Recebimento da peça | 5 dias | 5 dias |
| Resposta à acusação | 10 dias | 10 dias |
| Vistas à acusação (juntada de novos) | 5 dias | 5 dias |
| Análise de absolvição | 5 dias | 5 dias |



| | |
|-------------------------------------|--|
| Audiência de Instrução e julgamento | 60 dias |
| Alegações por memoriais | 5 dias (para cada parte); 10+ 10 dias (sentença) |

Fonte: Adaptado do CPP e de Renato Brasileiro de Lima.³⁹

Entretanto, o STF, na ADI 6581/DF e ADI 6582/DF, entende que o descumprimento dessa regra não acarreta automaticamente a revogação da prisão preventiva e, conseqüentemente, a concessão da liberdade provisória. O Supremo compreende que se deve analisar a razoabilidade concreta da duração do processo à luz da complexidade de cada caso, considerando os recursos interpostos, a pluralidade de réus, crimes, testemunhas a serem ouvidas e provas periciais a serem produzidas.

Em relação a esse tema, recentemente foi editado o informativo 731 do STJ, o qual estabelece que "quando o acusado encontrar-se foragido, não há o dever de revisão *ex officio* da prisão preventiva, a cada 90 dias, exigida pelo artigo. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal".

Destaca-se, ainda, que a jurisprudência e doutrina entendem que o prazo da duração da prisão preventiva não é absoluto, trata-se, portanto, de um prazo de natureza relativa, o qual pode ser dilato em face da complexidade do crime ou da pluralidade de agentes. No mesmo sentido, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em sede do RHC 122.578, entendeu que: "Segundo o pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, a configuração de excesso de prazo não decorre da soma aritmética de prazos legais. A questão deve ser aferida segundo os critérios de razoabilidade, tendo em vista as peculiaridades do caso".

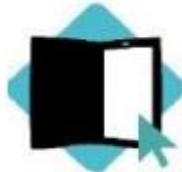
Nesse sentido, percebe-se que a legislação pátria é omissa em relação ao estabelecimento de um marco temporal de duração das prisões preventivas, utilizando a análise casuística e a analogia aos prazos dos atos processuais. Entretanto, o dever de punir do Estado, juntamente com o direito ao devido processo legal do acusado, deveria ser marcado pela presença da estrita legalidade, sem incorrer em dilatações desarrazoáveis. Assim, uma das maiores dificuldades têm sido conciliar a necessidade de uma justiça rápida, para garantir o princípio da duração razoável do processo, juntamente com a preservação das garantias e direitos do acusado.

Frisa-se que a duração razoável do processo é um princípio fundamental positivado em nível constitucional e não um instrumento que auxilie o magistrado a prorrogar indefinidamente o prazo do processo. Esse prazo deve ser construído em favor do acusado e não prejudicando-o, devendo-se evitar que pessoas submetidas ao processo penal sejam perseguidas para além de um prazo certo.

Entende Ferrajoli que o arbítrio dos juízes não deve estabelecer marcos penais fixando limites precisos, mas sim a lei, a qual garantirá o cumprimento do Estado de Direito. Na mesma perspectiva, Daniel Pastor considera que a omissão do legislador em tomar concreto o estabelecimento de um prazo revela a sua intenção de manter no poder dos magistrados a decisão da duração do processo e o reconhecimento das conseqüências jurídicas.

CONCLUSÃO

Diante de todas as considerações apresentadas ao longo do presente trabalho, sejam elas oriundas de pesquisas bibliográficas, de legislações ou da análise de julgados, resta evidente que as prisões cautelares, especialmente a prisão preventiva, acabam sendo utilizadas para construir uma falsa ideia de justiça instantânea e de eficiência do poder punitivo do Estado. Nesse sentido, a prisão preventiva foi pensada para ser a exceção, e não a regra, devendo ser utilizada exclusivamente quando seus fins forem necessários para resguardar o processo, sendo sempre motivada e fundamentada pela autoridade competente.



É cediço que a as prisões cautelares devem ser a *ultima ratio* nos processos, ou seja, só devem ser decretadas quando não existirem medidas alternativas que possam garantir a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal. Assim, deve-se respeitar as características próprias do processo penal para averiguar a possibilidade de aplicação de medidas cautelares em face da existência dos pressupostos que fundamentam as prisões provisórias: *ofumus comissi delicti* e *operuculum libertatis*.

Foi demonstrado, também, que a falta de prazo nas prisões preventivas não viola apenas garantias constitucionais e convencionais, mais do que isso, geram consequências da condenação do acusado em face de uma sociedade punitivista que o vê como uma infundável ameaça aos bens jurídicos tutelados. Nesse sentido, cumpre-se destacar que a reinserção do acusado na sociedade, após o cumprimento da sua pena, é praticamente impossível, visto o estigma que a condenação representa na vida do réu.

Assim, percebe-se que apenas uma reforma na administração da justiça seria capaz de garantir a eficiência na tramitação dos processos, sem morosidades injustificadas e anormais. Ainda, faz-se necessário também, em face da ausência de fixação temporal da prisão preventiva, a regulamentação legal, por meio da edição de uma lei ordinária que estabeleça um limite ao arbítrio da autoridade judiciária. Por fim, requer-se também a imposição de sanções mais rígidas aos agentes, sejam da persecução penal, da execução da pena, ou do próprio poder judiciário, em virtude do descumprimento dos prazos procedimentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de processo penal**: Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm Acesso em: 04/03/2022.

BRASIL. **Código penal**: Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 06/04/2022.

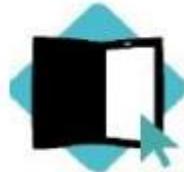
BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05/04/2022.

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.** Dispõe sobre a prisão temporária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm. Acesso em: 05/04/2022.

CADH. **Convenção Americana de Direitos Humanos.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 01/03/2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O descumprimento do prazo do parágrafo único do art. 316 do CPP não acarreta automaticamente a liberdade do preso.** Esse dispositivo se aplica também aos tribunais? Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/6872937617af85db5a39a5243e858dlf>. Acesso em: 06/04/2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Fuga do distrito da culpa.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/5d6646aad9bcc0be55b2c82f69750387>. Acesso em: 06/04/2022.



CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Informativo STF-1043**. Buscador **Dizer o direito, Manaus**. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/informativo/detalhes/e00da03b685a0dd18fb6a08afil923de0>. Acesso em: 05/04/2022

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Derecho Procesal Constitucional: el debido proceso**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (fundamentos da instrumentalidade garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

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

PASTOR, Daniel R. **Acerca dei derecho fundamental aip/azo razonable de duración dei processo penal**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 52, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. André de Carvalho Ramos. – São Paulo: Saraiva, 2014. P.241

SCARANCE FERNANDES, Antônio. **Processo Penal Constitucional**, cit., p. 292 - 293.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.