

# A LIMITAÇÃO TEMPORAL DA PRISÃO CAUTELAR PREVENTIVA E SUA REVISÃO PELO MAGISTRADO: ANTECIPAÇÃO DE PENA?

THE TIME LIMITATION OF PREVENTIVE PREVIOUS DETENTION AND ITS REVIEW BY THE MAGISTRATE: ANTICIPATED PENALTY?

Aliny Aspázia Avelino Cortez Dantas

 alinydantas@tjrn.jus.br

Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN).  
Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Rio Grande do Norte (UERN).  
Assessora Judiciária do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN).

Gilson Barbosa de Albuquerque

 gilsonbarbosa@tjrn.jus.br

Especialista em Direito Penal, em Direito Penitenciário e em Criminologia, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN).

O presente artigo tem por objetivo analisar os aspectos da prisão preventiva relacionados à ausência de previsão legal quanto ao prazo de sua duração, procurando enfatizar que diante dessa lacuna deve-se observar as garantias e direitos fundamentais no curso do processo penal, à luz de um modelo democraticamente garantista e harmonizado com a ordem constitucional. A partir desse contexto, elucida particularidades que revelam ser a prisão preventiva a *ultima ratio* das medidas cautelares e que não pode ter caráter de pena antecipada, realçando a consagração do menor grau de lesividade à liberdade dos indivíduos. Demonstra a imprescindibilidade em abordar, nesta mesma temática, as inovações trazidas com a Lei nº 13.964/2019, especialmente no que se refere ao prazo de reanálise da prisão preventiva, além da proporcionalidade e razoabilidade dessa medida dentro dos limites que se busca para um resultado útil do processo sem dilacções inapropriadas, indevidas e ilegais.

**Palavras-chave:** Prisão preventiva. Direitos fundamentais. Ausência de prazo. Reavaliação periódica. Antecipação de pena.

*This article aims to analyze aspects of preventive detention related to the lack of legal provision regarding the term of its duration, seeking to emphasize that in face to this gap, one must observe the fundamental rights and guarantees in the course of the criminal process, in light of a democratically guaranteeing model in according to the constitutional order. From this context, it has elucidated particularities that reveal that preventive detention is the ultimate ratio of precautionary measures and that it cannot have the character of early punishment, highlighting the consecration in lesser degree to the freedom of individuals. It has demonstrated the need to address, in this same theme, the innovations brought by Law nº 13.964 / 2019, especially with regard to the period for re-analysis of pre-trial detention, in addition to the proportionality and reasonableness of this measure within the limits that are sought for a useful result of the process without inappropriate, undue and illegal deferment.*

**Keywords:** Trial detention. Fundamental rights. Absence of delay. Periodic revaluation. Anticipation of sentence

Submetido em: 07/06/2023 - Aprovado em: 17/07/2023

## SUMÁRIO

**1 INTRODUÇÃO; 2 TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL; 2.1 O CARÁTER PROVISÓRIO DA MEDIDA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL; 3 PRISÃO PREVENTIVA; 3.1 A PRISÃO PREVENTIVA E SUAS PECULIARIDADES; 3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIS APLICÁVEIS À PRISÃO PREVENTIVA; 3.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 3.2.2 Princípio da não culpabilidade (ou da presunção de inocência); 3.2.3 Princípio da motivação das decisões judiciais; 3.2.4 Princípio da Proporcionalidade; 3.3 DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – HIPÓTESES AUTORIZADORAS; 3.3.1 Garantia da ordem pública; 3.3.2 Garantia da ordem econômica; 3.3.3 Conveniência da instrução criminal; 3.3.4 Garantia de aplicação da lei penal; 4 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DA PRISÃO PROCESSUAL; 4.1 REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E NOVA ROUPAGEM DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 316 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL; 4.2 A PRISÃO PROCESSUAL PREVENTIVA COMO ANTECIPAÇÃO DE PENA À LUZ DO ARTIGO 313, § 2º DO CPP, INOVAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 13.964/2019; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS**

## 1 INTRODUÇÃO

A prisão preventiva é medida excepcional que somente deve ser aplicada para os casos de garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime, materialidade e indício suficiente de autoria.

A pesquisa tem como objetivo principal investigar se, na ausência de previsão legal de prazo para a revogação da prisão preventiva, não estaria caracterizada uma antecipação de pena.

Além do mais, as hipóteses autorizadoras acima assinaladas devem ser analisadas em conjunto com outros elementos, como o *modus operandi*, a situação concreta ocorrida e a periculosidade do agente. Diante disso, a decisão judicial que decreta a privação da liberdade do indivíduo deve ser motivada e fundamentada.

É nesse enfoque, e em razão da ausência de lapso temporal certo para perdurar a prisão preventiva, que esse trabalho tem como intuito ponderar e verificar o prazo necessário e suficiente para que uma pessoa possa permanecer presa, tendo em vista que no sistema jurídico brasileiro, fundado no Estado Democrático de Direito, deve prevalecer a liberdade do indivíduo, bem jurídico de elevada relevância e que deve ser respeitado e enaltecido.

Não há pretensão de revisar conceitos basílares da prisão preventiva, todavia, quando necessário e houver possibilidade, far-se-á menção ao presente instituto jurídico.

Será demonstrada a inovação trazida pela Lei nº 13.964/2019, com a previsão do parágrafo único ao art. 316 do Código de Processo Penal, alteração que se revelou um avanço, eis que não havia nenhum prazo delimitado para uma possível reanálise e verificação da presença das hipóteses autorizadoras da manutenção da prisão preventiva.

Objetiva-se investigar se a referida medida impõe uma limitação ao poder estatal, estabelecendo um maior dever de cautela por parte de quem a decretou, inovação que traduz um distanciamento do sistema inquisitorial e uma aproximação maior ao sistema acusatório, tudo a reforçar a magnitude e a atualidade do tema.

No decorrer deste artigo, ainda se fará alusão à tutela cautelar de modo geral no Processo Penal, com direcionamento à provisoriação das medidas cautelares, especialmente no que se refere à prisão preventiva, com destaque de que a imposição das cautelares serve para justificar a necessidade de proteção e efetividade do processo, com a possibilidade, inclusive, de haver a substituição de uma medida por outra, quando se revelar mais adequada, mormente nos casos do descumprimento da medida fixada. A prisão será, em todo caso, a medida de *ultima ratio*.

Também se demonstrará a importância dos princípios à luz da Constituição da República, em especial, a dignidade da pessoa humana, não culpabilidade, motivação das decisões judiciais e proporcionalidade como aferição da razoabilidade, tendo em vista que a duração razoável do processo é princípio que está inserido no ordenamento jurídico brasileiro desde o Pacto de São José da Costa Rica (TRATADO INTERNACIONAL, 1969), sendo norma repetida com assento constitucional.

A durabilidade da prisão preventiva resta condicionada à sua necessidade, permanecendo o indivíduo com sua liberdade restrita dentro de um lapso temporal razoável e útil para o processo, tanto é assim que o legislador trouxe a previsibilidade da necessária revisão da medida, de ofício, já que, antes, somente era revisada por meio de disposição da parte, em prazo delimitado (noventa dias), visto que os limites temporais devem ser observados e obedecidos de acordo com a finalidade da própria cautelar.

Assim, reforça-se a ideia de que ausente previsão legal expressa para a duração da prisão preventiva, assim como ocorre com as outras espécies de prisão cautelar, o tempo indeterminado não pode resultar em prisão com natureza e caráter de pena, com cumprimento antecipado.

Portanto, como descrito, será esse o substrato basilar desenvolvido nesse trabalho, com o objetivo de demonstrar que a prisão cautelar preventiva não deve ser confundida, nem utilizada, como cumprimento de pena antecipado.

## **2 TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL**

A matéria ora tratada possui relevância por cuidar da liberdade dos indivíduos, bem jurídico maior e protegido pela Carta Magna de 1988, que merece destaque especial.

Apesar de não ser possível se admitir a existência de um processo penal cautelar autônomo, igualmente como ocorre no Processo Civil, tem-se que, no campo processual penal a tutela jurisdicional cautelar é exercida por meio de medidas cautelares previstas

no Código de Processo Penal e em legislação especial, para assegurar, acautelar ou instrumentalizar, quando necessário, o resultado útil do processo e o exercício da jurisdição.

No âmbito processual penal, é comum a existência de situações que exigem a prática de atos urgentes, justamente para garantir a apuração de um delito, e consequentemente fazer valer uma sanção reconhecida e aplicada.

Nesse direcionamento, as cautelares se mostram um instrumento para a proteção de direitos que tendem a desaparecer ou perder a eficácia de sua aplicação, em virtude da ineficiência da estrutura do Poder Público, no que diz respeito à demora da prestação jurisdicional. Afinal, como advertiu Calamandrei (2000, p. 19), “sem a cautela ter-se-ia um remédio longamente elaborado para um doente já morto.”

As medidas cautelares têm previsão, especificamente, no art. 282 do Código de Processo Penal. É certo que, com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, procurou-se dar uma nova visão ao presente instituto.

Direcionando ao tema propriamente dito, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, somente se aplica a prisão preventiva quando as medidas cautelares diversas da prisão, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP, não poderem ser adotadas.

A medida cautelar que oportunamente interessa é tida como pessoal e denominada de prisão preventiva, por tais motivos, será abordada com mais detalhes ao longo do trabalho.

## 2.1 O CARÁTER PROVISÓRIO DA MEDIDA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL

Dentre várias características das medidas cautelares, destacam-se: acessoriedade, preventividade, não definitividade, Jurisdicionalidade, summariedade e, por fim, a provisoriação – que se justifica na situação de emergência, deixando de vigorar e ter eficácia quando sobrevém o resultado do processo principal ou qualquer outro motivo que a torne desnecessária.

É no contexto da provisoriação da medida cautelar, especialmente no que tange à prisão preventiva, que se dará maior ênfase.

A prisão preventiva por ter natureza cautelar se identifica como um vetor necessário com capacidade de garantir uma contraprestação rápida e transitória, tendo em vista seu caráter provisório.

Importante destacar que todas as medidas cautelares em razão dessa provisoriação possuem delimitação de tempo, ou seja, não podem permanecer *ad aeternum*. Necessário frisar que até mesmo a pena em si mesma possui seu período demarcado no tempo, pois a Constituição Federal proíbe penas perpétuas.

Como desdobramento de sua natureza provisória, a manutenção da cautelar depende da presença dos motivos que evidenciaram a sua urgência e somente deve persistir em determinadas ocasiões, por tutelarem situação que evidencia perigo. Desse modo, desaparecido o embasamento fático que supedaneou a medida, elucidado pelo *fumus comissi delicti* e pelo *periculum libertatis*, deve o magistrado revogar a cautelar.

Nas palavras de Giacomolli (2013, p. 32):

Uma vez desaparecida a motivação fática que serviu de supedâneo à medida cautelar, essa perde a sua funcionalidade e o sujeito retoma o status quo ante, ou seja, o do gozo irrestrito da liberdade. Por isso, as medidas cautelares são situacionais, sustentáveis enquanto a situação fática continuar integrando a motivação legal. [...] Se afirma que as medidas cautelares tutelam uma situação específica existente, enquanto persistente e justificável na dinâmica processual.

Esse pensar não é isolado, tendo em vista que Ferrajoli (2006, p. 511) afirma que “toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbitrio”.

Assim sendo, a cautelar, especialmente aquela que tem viés para privação da liberdade do indivíduo, como a preventiva, quando se mostra excessivamente duradoura, se desagrega não apenas do seu gênero provisório, mas também da proporcionalidade e razoabilidade que lhes são devidas.

### **3 PRISÃO PREVENTIVA**

Sabe-se que, como qualquer medida cautelar, a prisão preventiva possui caráter instrumental e asseguratório, que tem como intuito resguardar a eficácia de outros bens e por ser prevista em legislação ordinária, deve ser interpretada, motivada e aplicada em total consonância com as normas constitucionais, notadamente por se tratar de restrição da liberdade.

Nesse pensar, e em decorrência da sua própria natureza jurídica, é que não se admite que seja decretada sem a presença das hipóteses autorizadoras e em descompasso com as normas constitucionais, tudo em observância ao princípio da supremacia da Constituição Federal, o qual elucida que esta é fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

#### **3.1 A PRISÃO PREVENTIVA E SUAS PECULIARIDADES**

A prisão preventiva é uma medida cautelar que traz como consequência a restrição da liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado, decretada pela autoridade judiciária competente, por meio de representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente em qualquer fase da investigação ou do processo criminal, desde que se amoldem às hipóteses autorizadoras estabelecidas em lei, que são elas: a garantia da ordem pública; da ordem econômica; conveniência da instrução criminal e/ou para assegurar a aplicação da lei penal; quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria; quando se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão e em caso de descumprimento das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Deve ser decretada por ordem escrita e devidamente fundamentada e somente poderá ser autorizada pela autoridade judiciária competente, conforme determina a Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (BRASIL, 1988).

A prisão preventiva somente se justifica enquanto se verificar a proteção e a necessidade para a persecução penal em todo o procedimento e quando for a *ultima ratio*. Essa afirmação é corroborada por Eugênio Pacelli, quando assinala que:

[...] em nosso Direito, a partir da Lei nº 12.403/11, e tal como ocorre no Direito Português e no Direito Italiano, são previstas várias outras medidas cautelares pessoais distintas da prisão preventiva, somente se aplicando esta última, como regra, quando não forem suficientes as demais. (PACELLI, 2012, 542)

A prisão preventiva nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, é “uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei” (NUCCI, 2014, p. 549).

Ainda sobre o conceito, Norberto Avena afirma que a prisão preventiva é a “modalidade de segregação provisória, decretada judicialmente, desde que concorram os pressupostos que a autorizam e as hipóteses que a admitem” (AVENA, 2015, p. 401).

Desse modo, tem-se que, em virtude de providência cautelar processual penal, a prisão preventiva deve ser decretada como medida extrema e em observância aos dispostos contidos nos artigos 312 e 313, além do § 6º do artigo 282, do Código de Processo Penal.

### 3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIS APLICÁVEIS À PRISÃO PREVENTIVA

Diante do conceito e de inúmeras discussões, interpretações e entendimentos acerca do cabimento ou não da prisão preventiva, torna-se necessária e imprescindível a análise de alguns princípios que devem ser invocados para embasar o decreto preventivo.

Não é incomum o legislador, na elaboração das leis, deixar lacunas em branco que precisam de complementação e os princípios são normas jurídicas que vem justamente para complementar as possíveis lacunas.

O art. 4º da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro (LINDB) afirma que em caso de omissão de regra, o juiz deve decidir a lide baseado em analogia, costumes e princípios gerais de direito.

Os princípios, assim como as regras, afiguram-se, uma espécie normativa. Segundo entendimento doutrinário, regras e princípios diferem quanto ao conteúdo, sendo as primeiras comandos de conduta previstas no ordenamento, traduzindo-se como o

enquadramento do fato ao enunciado normativo, enquanto os princípios funcionam como comando de otimização, atuando como vetores, direcionamento, para um resultado normativo justo.

O Direito e as leis existentes em um ordenamento que compõem a base da sociedade não são os únicos mecanismos capazes de solucionar todos os males existentes nos grupos sociais e nas áreas das atividades realizadas pelo homem. Em razão disso, tem-se que os princípios devem orientar o aplicador da norma quando existir confronto, cláusulas abertas e a possível aplicação de vários dispositivos e comandos normativos, para uma solução mais justa e equânime.

Nesse sentido, e tendo em vista as anomalias contidas especialmente no sistema processual penal, no que concerne à prisão preventiva, é que, por certo, serão feitas considerações relevantes aos princípios informadores da medida que ora se discute.

Princípio é de onde parte, jorra alguma coisa. É o fundamento de uma norma jurídica; os princípios são as vigas mestras do direito, que não estão definidas em diplomas legais. É nesse seguir, que a violação de um princípio é mais grave que transgredir uma norma qualquer (BANDEIRA DE MELLO, 2016, p. 675).

Os princípios além de serem os responsáveis por preencher lacunas existentes, informam, orientam e inspiram. Na ciência, princípios trazem a ideia de proposições ideais, fundamentais, construídas a partir de uma certa realidade, e que buscam a compreensão dessa realidade (DELGADO, 2011, p. 181).

Miguel Reale já aduzia que "princípios são enunciados normativos de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas" e, por isso, "são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional" (REALE, 2003, p. 37).

Desse modo, foram relacionados alguns princípios eminentemente ligados à prisão preventiva, partindo com o da dignidade da pessoa humana, o qual norteia todos os demais, seguindo com o princípio da não culpabilidade, ênfase correlacionada à presunção de inocência, princípio da proporcionalidade, justamente por ausência de regra expressa para definir os termos de tempo da medida, e por fim, princípio da duração razoável do processo e da prisão preventiva, oportunidade que será dada maior destaque envolvendo a previsibilidade do artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

### 3.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Este princípio encontra amparo na Constituição Federal de 1988, com expressa previsão, recebendo *status de fundamento* da República Federativa do Brasil:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;

- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;  
V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

A dignidade da pessoa humana, apesar de se encontrar, em estrutura topográfica privilegiada no texto constitucional e ser considerada como diretriz essencial à própria configuração do Estado, por ser princípio fundamental, não foi agraciada com um conceito legal, sendo resultado de construção doutrinária e jurisprudencial, de acordo com a própria área empregada, já que o princípio da dignidade da pessoa humana, como citado anteriormente, é integrado não só ao direito constitucional, mas a todo ramo que diz respeito ao direito do homem e do cidadão.

Sob esse enfoque, Alba Paulo de Azevedo afirma que os direitos fundamentais são utilizados para designar os direitos das pessoas frente ao Estado, previstos constitucionalmente; que tais direitos fazem parte da essência do Estado de direito democrático, atuando como limite do poder e como diretriz para a sua ação, inclusive tendo as constituições democráticas, tomado para si um sistema de valores declarado e positivado pelos direitos fundamentais, de maneira que esse fenômeno enseja a influência dos direitos fundamentais sobre todo o ordenamento jurídico (AZEVEDO, 2012, p. 41).

O princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente relacionado à garantia de um processo penal justo e depois que o Código de Processo Penal foi recepcionado pela nova ordem constitucional, vê-se que este princípio deverá sempre ser observado, respeitado e norteador nas decisões judiciais.

Tal pensamento é que conduz à máxima de que muitas vezes quando existe um choque entre os princípios, especialmente ao se tratar de prisão preventiva, é que se deve observar o princípio da dignidade da pessoa humana para se evitar tratamento degradante, exacerbado ou desumano.

Assim, tem-se que a dignidade prima pelo reconhecimento do valor do indivíduo enquanto pessoa, gerando um núcleo de prerrogativas que é indestrutível e que o Estado não pode deixar de reconhecer. (PRADO, 2019, p. 139).

É nesse sentido que esse princípio objetiva a proteção dos direitos inerentes ao cidadão indistintamente, é a estrutura, o pilar, a base onde deve ser construído todo o sistema penal. Tanto assim que a Constituição Federal assegura em várias passagens, especialmente no artigo 5º, vedação de penas indignas, proteção da integridade do preso, além da ressalva de que ninguém poderá ser preso a não ser por ordem de autoridade judiciária e fundamentada, como visto anteriormente.

A dignidade, vista como princípio, evidencia-se, então, como um valor embasador do sistema que se encontra amparado pela Constituição Federal.

### 3.2.2 Princípio da não culpabilidade (ou da presunção de inocência)

É certo que a Constituição Federal de 1988 consagra direito fundamental contraposto à prisão provisória como previsto em seu art. 5º, inciso LVII. Porém, contemplou a

possibilidade de restringir a liberdade de um indivíduo quando este for suspeito de praticar crime, antes mesmo de sua condenação transitada em julgado, conforme incisos LXI, LXV e LXVI do mesmo artigo.

Por meio desse princípio se consagra o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação, contraditório (LIMA, 2020).

Não se trata de novidade. Na célebre obra "Dos delitos e das penas" de Cesare Beccaria, em 1764, ele já advertia que "Um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada." (BECCARIA, 1997, p. 69).

Todavia, vê-se também, num segundo momento, que a Constituição Federal não proíbe a possibilidade de ser decretada a prisão cautelar do réu, desde que preenchidos os requisitos descritos na lei.

O referido princípio exerce função de grande relevância, ao demonstrar que toda restrição da liberdade antes do trânsito em julgado deve ostentar natureza cautelar, com a obrigatoriedade de ordem judicial devidamente motivada.

Nesse sentido, a prisão deve se pautar na necessidade e na indispensabilidade, demonstrada em decisão fundamentada pelo Juiz ou Tribunal, com a evidência da preservação da efetividade do processo, restando a motivação válida e suficiente para alcançar a justificação da liberdade que será restrita e de modo excepcional para quem ainda não teve sentença condenatória com o trânsito em julgado.

Assim, apesar da proteção constitucional, na medida em que prevê expressamente este princípio, com força cogente de torná-lo efetivo, existe a possibilidade da prisão provisória, que diante da necessidade da segregação do agente supostamente infrator, deve ser concebida com cautela e quando presentes as razões objetivas que o caso enseja.

### **3.2.3 Princípio da motivação das decisões judiciais**

Sabe-se da imprescindibilidade de motivar toda decisão judicial. Tal obrigatoriedade parte da própria Constituição Federal no seu art. 93, IX, quando afirma que: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade".

Em um Estado Democrático de Direito, não se pode deixar de motivar atos e decisões, tendo em vista que as partes do processo têm o direito subjetivo de tomarem conhecimento dos fundamentos que embasaram a formação do convencimento do magistrado, até para evidenciar a imparcialidade ao decidir, característica primordial da jurisdição.

No âmbito do Processo Penal, revela-se extremamente importante a fundamentação das decisões, pois o bem jurídico em proteção se trata da liberdade, tendo a ordem constitucional asseverado “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”.

No que concerne à prisão preventiva, é necessário refletir. Se uma decisão condenatória exauriente que tem o efeito de restringir o direito de liberdade do réu precisa ter substrato hábil e coeso que a fundamente, imagine-se a decisão que determina a prisão preventiva, que é provisória.

Na lição de Maurício Zanoide de Moraes:

a motivação de qualquer decisão judicial deve ser a mais completa possível, abarcando todos os aspectos jurídicos envolvidos na questão e com eles relacionando os dados fáticos específicos da realidade levada ao conhecimento do julgador e referentes à medida pleiteada (FERNANDES, ALMEIDA, MORAES, 2008, p. 36-37).

Situando o princípio no foco deste artigo, tem-se que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada, como decorrência deste princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, não sendo suficiente que o magistrado tão somente indique as razões de modo superficial.

Nesse parâmetro é que a motivação serve para demonstrar a publicidade, bem como para o controle da racionalidade da decisão, evidenciando e explicitando o porquê do *decisum* e evitando exposição genérica e automática.

### 3.2.4 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, apesar de não estar previsto de maneira expressa na Constituição Federal, não há como negar sua presença implicitamente, tendo em vista que as normas constitucionais apresentam um sistema aberto de regras e princípios que transborda essa limitação expressa.

Nessa perspectiva, o princípio da proporcionalidade previsto implicitamente e subsidiado nos direitos fundamentais deve ser observado a fazer valer os elementos essenciais à sua configuração.

Em sede processual penal, o Poder Público não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Daí a importância do princípio da proporcionalidade que se qualifica, enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, como postulado básico de contenção dos excessos do poder público. (LIMA, 2020, p. 84).

Este princípio não é visto e conceituado de modo aleatório. Segundo a doutrina (LIMA, 2020, p. 84), tem como pressuposto formal o princípio da legalidade e como pressuposto material o princípio da justificação teleológica e requisitos extrínsecos que são a judicialidade e a motivação e os intrínsecos configurados na adequação (ou idoneidade), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Será dado enfoque maior aos requisitos intrínsecos, por serem mais relevante ao tema. São três os subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A observância desses subprincípios é essencial, tendo em vista que a regra deverá ser preferencialmente a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, restando, por exemplo, a prisão preventiva para casos de maior gravidade, em que os fatos e circunstâncias indiquem elevado risco à efetividade do processo ou mesmo de reiteração criminosa e em situações inadequadas ou desnecessárias às outras medidas. A medida restritiva será legalmente adequada quando ela for útil, apta a atingir a finalidade que se pretende alcançar. A adequação determina que a medida adotada pelo Poder Público deve almejar atingir o objetivo pretendido.

Nessa direção, a finalidade primordial é a análise de existência de uma relação adequada entre meio e fim. Assim, quando o meio é inadequado, revela-se não apropriado, ou seja, desproporcional.

Essa adequação deve ser aferida num plano qualitativo, idônea por sua própria natureza; a quantitativa se refere à duração e a intensidade da medida em relação à finalidade que se pretende e, por fim, a adequação no âmbito subjetivo, o qual diz respeito à individualização do indivíduo e a proibição de extensão indevida de sua aplicação.

Assim sendo, quando o magistrado for decidir sobre a decretação ou manutenção de uma prisão preventiva, deverá primeiramente atentar se este é um meio apto para alcançar o resultado pretendido.

Quanto à necessidade, tem-se que está diretamente ligada à exigibilidade da medida; se busca uma menor ingerência estatal, alternativa menos gravosa e evitar proibição do excesso.

Diz-se que há necessidade quando várias medidas restritivas de direitos fundamentais não servem para atingir o fim proposto, restando então a aplicação da mais severa.

Em suma, o Estado entre diversas opções idôneas a atingir determinado fim, deve se valer de instrumentos que resulte menos restrições ao indivíduo para obter o resultado.

Já a proporcionalidade em sentido estrito diz respeito a um juízo de ponderação, de sopesamento entre o ônus determinado e o benefício alcançado, deve analisar se realmente se justifica a intromissão, interferência no âmbito dos direitos individuais.

No dizer de Canotilho (1989, p. 488), "uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote cargas coativas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionadas em relação aos resultados obtidos."

É com base nesse subprincípio que havendo conflito de valores entre "a adoção da medida restritiva e o que protege o direito individual a ser violado – deve preponderar a de maior relevância." (LIMA, 2020, p. 87)

Verifica-se que a proporcionalidade restrita se retrata no sentido de não ser possível uma restrição mais intensa que aquela que o indivíduo teria acaso fosse condenado, tenta-se evitar um ato mais severo e punitivo que a sanção penal propriamente dita. A propósito, Paulo Rangel ressalta que:

A medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que a restrição à liberdade, durante o curso do processo, seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o pedido seja julgado procedente. A homogeneidade da medida é exatamente a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido. (RANGEL, 2005, p. 606)

De acordo com o magistério supra, a proporcionalidade deve ser sempre invocada numa eventual possibilidade de decretação da prisão preventiva, sendo o princípio que norteará o aplicador do Direito.

### **3.3 DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – HIPÓTESES AUTORIZADORAS**

O art. 311 do CPP, com a nova redação dada pela Lei nº 13.964/2019, estabelece que, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a decretação da prisão preventiva pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Importante destacar que a Lei nº 13.964/2019, também chamada de "pacote anticrime" retirou a pequena expressão "de ofício" contida anteriormente no citado artigo, que assim previa "em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial".

Essa mudança se deu em razão da observância às regras constitucionais, em busca do direcionamento ao sistema acusatório, contrapondo-se ao sistema inquisitorial presente na redação original do Código do Processo Penal de 1941.

Com o novo artigo 311 do CPC imprimiu-se a devida e necessária correção de equívoco antigo, o qual permitia que o magistrado decretasse a prisão preventiva sem requerimento, ou seja, de ofício, no curso do processo em andamento.

Nessa mesma linha de entendimento, houve também alteração no art. 282 §§ 2º e 4º do Código de Processo Penal, prevendo respectivamente que:

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

Com isso, o legislador deixa claro que as medidas em questão jamais poderão ser decretadas senão mediante requerimento das partes. Inovações que não poderiam deixar de ser evidenciadas, já que o objetivo do legislador foi retirar do juiz qualquer

iniciativa quanto às cautelares, para agir de ofício, mesmo durante o curso do processo, o que visa totalmente à preservação do sistema acusatório, bem como da garantia da imparcialidade do magistrado.

Quanto aos pressupostos da prisão preventiva, a base fática que legitima a medida constritiva encontra-se consubstanciada pelo *fumus comissi delicti* e pelo *periculum libertatis*.

Assim, a decretação da prisão preventiva depende da demonstração real da presença do *fumus comissi delicti*, conforme a parte final do art. 312 do CPP: prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Além do perigo causado pelo estado de liberdade do suposto infrator, *periculum libertatis*.

É certo que a prisão preventiva, como previsto no art. 312 do CPP:

poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

O presente artigo trouxe a inovação prevista no § 2º, ao dispor que a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Por contemporaneidade dos fatos, pode-se considerar a proximidade do tempo decorrido entre o crime praticado e a ordem para decretação da prisão preventiva. Deve se atentar ao curto espaço de tempo transcorrido desde o momento em que o fato criminoso ocorreu e o que o magistrado, por decisão devidamente fundamentada, determinou a expedição do mandado de prisão preventiva em desfavor do agente.

Desse modo, em havendo considerável lapso temporal entre o fato imputado e a decretação da prisão preventiva, tem-se a ausência de contemporaneidade, restando a ordem de constrição cautelar em flagrante ilegalidade, uma vez que o caráter instrumental e de urgência intrínseco às medidas cautelares visa à tutela de situações fáticas atuais ou iminentes.

De acordo com a dicção dos dispositivos legais, para que a prisão preventiva possa ser decretada, além da prova da existência do crime – materialidade, e indício suficiente de autoria, deve existir a presença de uma situação de perigo gerada pelo estado de liberdade do imputado.

Essa nova disposição incluída pela Lei n. 13.964/19 evidencia e confirma o dever do magistrado de fundamentar o decreto prisional, sob pena de possível nulidade, em virtude de carência de fundamentação.

Adiante, faz-se uma elucidação dos conceitos da garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, já que fazem parte das hipóteses de cabimento.

### 3.3.1 Garantia da ordem pública

Agarantiadaordempública,expressãoque se caracteriza por ser vagae indeterminada, por não ter um conceito preciso, gera controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Diante disso, pode ser interpretada e invocada em diversas situações, dada a sua flexibilidade.

Por não existir um formato, um engessamento conceitual, o juiz deve recorrer aos métodos mais eficazes e justos para aplicá-la de modo a não contribuir com decisões desprovidas de fundamentação causando a inequívoca modalidade de cumprimento antecipado de pena.

É nesse sentido que Odone Sanguiné afirma que:

A prisão preventiva para garantia da ordem pública (ou, ainda, o clamor público) acaba sendo utilizada como uma função de prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir. (SANGUINÉ, 2003, p. 114-115)

Por seu turno, ainda há o entendimento de Renato Brasileiro, no sentido de que:

Entende-se garantia da ordem pública como risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime (LIMA, 2020, p. 1065).

Para essa última interpretação, que inclusive tem predominância nos Tribunais Superiores, a prisão preventiva poderá ser decretada com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente. De fato, se não houvesse esse resguardo, princípio da prevenção geral, haveria um transparente perigo social que possivelmente resultaria da demora em se obter a resposta jurisdicional definitiva, ou seja, a sociedade resta protegida, visto que se impede o acusado de continuar a cometer crimes, justamente em razão da prisão preventiva.

A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) concluiu estar presente a garantia da ordem pública quando considerou as circunstâncias do caso concreto, realçando a periculosidade de um agente, afirmando que a prisão preventiva, evidenciada pela gravidade da conduta do agente, se fazia necessária, uma vez que existiam fortes indícios de que atuava como integrante de organização criminosa de tráfico de drogas e possuía um papel importante na organização, como um dos "soldados", que são responsáveis pela venda direta de drogas aos usuários, pela vigília e segurança das 'bocas de fumo', demonstrando o resguardo de impedir a reiteração delitiva por parte dos integrantes de organizações criminosas e possuir outras condenações pela prática do crime de tráfico de drogas, sendo, inclusive, constatada sua reincidência específica (BRASIL, 2020 b).

Desse modo, embora ainda não se tenha uma definição escorreita, a jurisprudência tem dado sinais de sedimentar entendimento de que a noção de ordem pública é concernente ao risco concreto e análise de possível repetição da conduta delituosa por parte do agente, além da análise acerca da gravidade da ação e de sua repercussão.

### 3.3.2 Garantia da ordem econômica

Este fundamento consta do art. 312 do CPP, o qual foi inserido com o advento da Lei 8.884/94, de 11 de junho de 1994 (Lei antitruste).

O seu conceito tem certa similitude com o da garantia da ordem pública, todavia relacionado a crimes contra a ordem econômica, com o objetivo de resguardar a sociedade do risco causado pelas condutas cometidas pelo agente que afetem a paz da ordem econômica.

Traduz a necessidade da constrição do agente para evitar o risco de reiteração criminosa em relação a infrações penais que perturbem o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso do poder econômico, objetivando a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, § 4º).

A título de explanação, é de se atentar que, em crimes contra a ordem econômica, a prisão de um e/ou mais integrantes da organização não a destruirá, sendo certo que outro agente fatalmente irá ocupar seu lugar. No entanto, se o braço financeiro da organização for atingido, torna-se possível seu enfraquecimento ou até mesmo sua destruição. Assim, para atacar o poder financeiro da criminalidade organizada, é imprescindível uma eficiente colaboração nacional e internacional na identificação de fundos patrimoniais ilegais, no confisco de bens e na adequação das legislações dos países soberanos sobre essa criminalidade (SCARTEZZINI, 2004, p. 15).

### 3.3.3 Conveniência da instrução criminal

Com base nessa hipótese de autorização, a prisão preventiva decretada visa impedir que o agente perturbe ou evite a produção de provas. Objetiva preservar a busca da verdade, por meio da livre e desimpedida produção probatória.

Quando a liberdade do agente colocar em risco a intimidação ou aliciamento de sujeitos do processo, como testemunhas, vítima ou peritos, de supressão ou alteração de provas ou documentos, ou seja, existindo qualquer tentativa de frustrar a apuração dos fatos por meio de colheita de provas ou o bom e regular andamento do processo, há motivação legal para a decretação.

Para o STJ, “o fato de o paciente haver ameaçado o corréu delator, intimidando-o com o nítido propósito de alterar as suas declarações perante a autoridade judicial, constitui motivação idônea à decretação da prisão preventiva para a conveniência da instrução criminal”. (BRASIL, 2007)

Todavia, não é admitida que a prisão preventiva seja decretada com a finalidade de obrigar o indivíduo a contribuir para a apuração do fato criminoso. Até porque, por força do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o acusado não está obrigado a contribuir de modo ativo e determinante com a produção de prova que possa incriminá-lo.

Apesar da expressão, não se pode decretar com a "mera conveniência". A decretação está condicionada, sem dúvida, à necessidade de se obter o bom e fiel andamento da instrução criminal. É tanto que a citada prisão decretada com base na conveniência da instrução criminal persiste enquanto se prossegue com a instrução processual, pois quando encerrada, deve o juiz revogá-la, se somente persistia por esse fundamento.

### 3.3.4 Garantia de aplicação da lei penal

Para garantir a aplicação da lei penal, a prisão preventiva deve ser decretada quando o suposto autor do crime demonstrar que pretende empreender fuga do distrito da culpa, impossibilitando a futura execução da pena. Aqui, não se pode presumir a fuga do agente, em razão de sua condição econômica ou facilidade para sair para outra localidade.

Da mesma forma que acontece com os outros pressupostos, o magistrado somente está autorizado a decretar a cautelar preventiva com fundamento em elementos concretos constantes dos autos que confirmem que o agente pretende se subtrair das determinações da justiça.

Os Tribunais têm relativizado a decretação da prisão preventiva com fundamento na aplicação da lei penal, passando a analisar a intenção do agente quando empreende fuga, ou seja, se é somente para evitar a lavratura do flagrante ou se é para driblar à aplicação da lei penal, restando muitas vezes substituída por medidas cautelares (BRASIL, 2017).

Nesse sentido, Renato Brasileiro expõe que:

Se é verdade, então, que a simples fuga para se evitar a prisão em flagrante ou para impugnar decisão constitutiva tida por ilegal não autorizam, de per si, a decretação da prisão preventiva, também é verdade que, demonstrada inequívoca intenção do agente de se furtar à aplicação da lei penal, em situações em que comprovada sua fuga em momento anterior à expedição de decreto prisional, haverá causa idônea a justificar sua segregação cautelar com base na garantia da aplicação da lei penal. (LIMA, 2020, p. 87)

Com efeito, objetiva-se fazer valer o provimento definitivo, restringindo-se provisoriamente o agente com a finalidade de que permaneça à disposição da Administração da Justiça. Com isso, garante-se então a efetividade do provimento principal.

Desse modo, assegurar a aplicação da lei penal significa, portanto, garantir a finalidade útil do Processo com o seu regular andamento, na busca da verdade.

Assim sendo, presentes as hipóteses autorizadoras previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada em relação aos crimes listados no art. 313 do CPP, ou seja, crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, investigado ou acusado condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64, inciso I, do Código Penal, quando o crime

envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou não fornecimento de elementos suficientes para seu esclarecimento.

## 4 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DA PRISÃO PROCESSUAL

A Carta Magna de 1988 previu expressamente várias garantias constitucionais ao acusado, que fazem parte do devido processo legal formal e substancial. Todavia, somente por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, é que houve a inclusão do inciso LXXVII do artigo 5º, assegurando que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Diante dessa previsibilidade, entende-se que se procurou enfatizar uma nova visão de processo, mais célere e também efetivo. Para tanto, por se tratar de conceito aberto, com certo critério subjetivo, o jurista utiliza de interpretação jurisprudencial, dentre outras, em virtude da expressão “razoável duração do processo”.

Em certo momento, já se chegou a utilizar, inclusive, o parâmetro de que se o acusado estivesse preso, o processo penal na 1ª instância deveria estar concluído no prazo de 81 (oitenta e um) dias, sob pena de restar caracterizado o denominado excesso de prazo na formação da culpa, hipótese de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção a autorizar o relaxamento da prisão (CPP, art. 648, inciso II). Interpretação que tendo em vista o aumento da criminalidade e dos processos, aliada às suas complexidades, especialmente nos feitos criminais, fez consolidar perante os Tribunais Superiores o entendimento de que o prazo para a conclusão da instrução processual de réu preso não tem natureza absoluta, podendo ser dilatado com fundamento no princípio razoabilidade.

Gustavo Badaró afirma que se a duração do processo exceder o prazo razoável, deverá a cautelar ser relaxada: “a prisão cautelar se tornará ilegal, posto que decorrente de um processo que viola a garantia constitucional da razoável duração do processo” (BADARÓ, 2016, p. 70), posicionamento que encontra amparo constitucional, em seu art. 5º, incisos LXXVIII e LXV, onde resta declarado de forma explícita o direito de o acusado ter sua prisão imediatamente relaxada se a duração do processo penal exceder o prazo razoável.

Com a invocação do princípio da razoabilidade, constata-se a preocupação em diminuir ao máximo o tempo de prisão preventiva decretada, tudo com o objetivo de evitar maiores sofrimentos ao acusado, seja físico, moral, além de incentivar o poder público a se empenhar mais e dar resposta rápida à sociedade e ao próprio jurisdicionado. Enfim, trata-se de um direito fundamental real, que evidencia um dever jurídico do Estado em prestar a sua jurisdição em tempo razoável.

Ao abordar esse tema, Lopes Júnior e Badaró (2006, p. 14) ponderam que:

Os principais fundamentos de uma célere tramitação do processo, sem atropelo de garantias fundamentais, estão calcados no respeito à dignidade do acusado [...] e na própria confiança na capacidade da Justiça de resolver os

assuntos que a ela são levados, no prazo legalmente considerado como adequado e razoável.

A prisão cautelar deve ser decretada com o menor tempo de duração possível, com base em elementos concretos extraídos do processo, e com fundamento na complexidade da causa e número de réus, além da atuação das partes.

As considerações acima foram postas e elucidadas em razão da inexistência de um prazo fixo e determinado para a prisão preventiva decretada.

É nesse pensar que se buscou esclarecer que, apesar da lacuna legal existente, espera-se ela seja suprida, tendo em vista que "a nenhum legislador é dado fugir da exigência de limitar rigorosamente a duração da prisão cautelar." (LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2016, p. 98).

#### **4.1 REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E NOVA ROUPAGEM DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 316 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Em linhas anteriores, observou-se que a Lei nº 12.403/11 não fez nenhuma previsão expressa quanto ao controle contínuo da necessidade da manutenção da prisão preventiva. Todavia, a Lei nº 13.964/2019 inovou com a redação do art. 316, parágrafo único, do CPP que passou a dispor no que, uma vez 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.

Fator de grande relevância e que também deve ser pontuado, é saber se ultrapassado o prazo de 90 dias, e o magistrado não tiver reavaliado a manutenção da prisão, deveria então ser reconhecida como ilegal. Os tribunais superiores e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte vêm entendendo que a revogação da prisão em caso de não observância desse prazo, não gera a liberdade automática. É dizer, o transcurso desse prazo *in albis* não acarretará a ilegalidade da prisão, por entenderem que não se trata de prazo peremptório.

Verifica-se que em observância à razoabilidade e a intenção do legislador diante da determinação desse prazo nonagesimal para revisão da presente cautelar, deve-se ponderar e analisar o caso concreto para ser ou não determinada a revogação da prisão preventiva por ultrapassar o citado prazo sem a reanálise.

#### **4.2 A PRISÃO PROCESSUAL PREVENTIVA COMO ANTECIPAÇÃO DE PENA À LUZ DO ARTIGO 313, § 2º DO CPP, INOVAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 13.964/2019**

É nesse limiar que a prisão processual preventiva não pode ter caráter de antecipação de pena, que em alguns casos, inclusive, o tempo de cumprimento da prisão provisória ultrapassa o prazo de cumprimento da pena com uma futura condenação.

Com base nessa perspectiva, a Lei nº 13.964/2019 incluiu o § 2º no artigo 313 do Código de Processo Penal, ao prescrever que "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".

O poder legislativo, na sua função típica, veio somente reforçar o entendimento de posição consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, quando proferiu julgamento concedendo a ordem de *habeas corpus* de ofício, ratificando que:

**A prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada**, pelo Poder Públíco, como instrumento **de punição antecipada** daquele a quem se imputou a prática do delito, **pois**, no sistema jurídico brasileiro, **fundado** em bases democráticas, **prevalece** o princípio da liberdade, **incompatível** com punições **sem processo e inconciliável** com condenações **sem** defesa prévia. (BRASIL, 2013)

Desse modo, apesar dos avanços buscados, ainda se observa que, no ordenamento jurídico brasileiro, não há determinado prazo legal para que a prisão preventiva seja revogada, restando ao magistrado analisar a sua manutenção e a presença das hipóteses autorizadoras. O que existe é uma verdadeira lacuna no que diz respeito à duração de um prazo razoável ao processo penal e a consequente prisão preventiva.

Neste contexto, Gustavo Henrique Badaró afirma:

Assim, tem-se como imprescindível e inevitável para eficácia do direito fundamental, a liberdade, que ocorra a previsibilidade de um prazo máximo de duração da prisão preventiva e como consequência lógica, a soltura do réu. Tendo em vista que todo indivíduo tem o direito de saber o prazo máximo de sua prisão, enquanto pena privativa de liberdade provisória. A razoável duração da prisão preventiva não pode mais ficar tão somente a mercê de entendimentos quanto à duração do processo, verificando a questão da "pluralidade de réus", "complexidade da causa" ou "demora oportunizada pela defesa", parâmetros não objetivos, que são comumente utilizados pelos tribunais na averiguação do prazo da prisão preventiva (BADARÓ, 2016, p. 71).

Assegurar que o processo seja realizado dentro de um prazo delimitado evidencia a preservação da segurança jurídica, para que o próprio acusado que sofre a situação de prisão provisória tenha o direito de ser tratado de forma prioritária e com celeridade, já que o sacrifício que dele se exige, isto é, a liberdade, não deve exceder o razoável.

Dessa forma, nos dias atuais não se permite que uma pessoa passe mais tempo presa preventivamente que o tempo necessário e suficiente para assegurar um resultado útil ao processo, quando a pena aplicada em uma suposta sentença condenatória seria de menor gravidade, revelando desnecessária e em algumas ocasiões como pena antecipada que ultrapassa a sanção aplicada no édito condenatório.

## 5 CONCLUSÃO

Conclui-se que é necessário ter ciência de que, no sistema processual penal brasileiro, para se decretar a prisão preventiva em desfavor do agente é preciso que ela seja adequada e motivada de acordo com as circunstâncias do caso concreto, cabendo ao magistrado demonstrar fundamentadamente a presença das hipóteses de cabimento

que justificam a aplicação dessa medida extrema e excepcional. Essa afirmação parte da interpretação conjunta do art. 1º, art. 5º, incisos LXI, LXV e LXVI c/c art. 93, inciso IX da CRFB/88, bem como dos arts. 311, 312, 313 e 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva, por ter natureza cautelar, não tem a finalidade de punir antecipadamente o agente. A Constituição Federal de 1988 instituiu como fundamento de um Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando ao indivíduo a garantia de um processo penal justo, com atos e decisões judiciais amparados pelos direitos fundamentais, além do assento inegável da presunção de inocência até o trânsito em julgado, revelando que qualquer prisão anterior a este marco tem de ser vista como cautelar, com observância, na íntegra, das hipóteses de cabimento e no tempo razoável.

Na oportunidade, restou elucidado que apesar da inexistência de prazo determinado para essa prisão, deve ser considerado o menor tempo possível, reforço que foi dado pelo legislador com a previsibilidade do parágrafo único do art. 316, do Código de Processo Penal.

Restou, ainda, apurado que, por meio de critérios normativos objetivos o julgador tem limites e não a total liberdade para decretar a prisão preventiva, além do tempo delimitado de 90 dias para sua reanálise, fundamentando a manutenção com embasamento fático-jurídico, sob pena de transformar a prisão cautelar em antecipação de pena, o que é expressamente proibido, nos termos do artigo 313, § 2º, do CPP.

As novidades trazidas pelo Pacote Anticrime se apresentam como resultados positivos que asseguram a possibilidade de se evitar maiores injustiças e prisões além do tempo necessário.

Nesse contexto, entende-se que, quando a Lei nº 13.964/2019 incluiu o § 2º ao artigo 313 do Código de Processo Penal, assegurou e externou ao agente infrator a confirmação de que não deve haver cumprimento antecipado de pena e que a prisão preventiva tem caráter asseguratório.

Ao fim, conclui-se no direcionamento de que a resposta a evitar prisões preventivas excessivas, já que não existe um prazo delimitado pelo legislador para sua durabilidade, é a observância a um processo legal justo, necessário e adequado ao se tratar dessa cautelar, com a garantia de que não está sendo violado o bem jurídico concernente à liberdade.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

AZEVEDO, Alba Paulo de. **Processo penal eletrônico e direitos fundamentais**. Curitiba: Juará, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2016.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BRASIL. **Decreto Lei N.º 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei n.º 12.376, de 2010). Brasília, DF. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 31/05/2023.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 31 maio. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8884.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm) Acesso em: 31/05/2023.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional N.º 45 de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União - Seção 1 - 31/12/2004. Página 9 Brasília DF. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2004/emendaconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-norma-pl.html> Acesso em: 31/05/2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (5. Turma). **Habeas Corpus nº 75.492/RS**. Relatora: Min. Arnaldo Esteves Lima, de 20 de novembro de 2007, DJe 10 dez. 2007

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 12.403, de 04 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Diário Oficial de 05/05/2011 (p. 1, col. 5). Brasília, DF. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/585400> Acesso em: 31/05/2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus nº 115.613**. Relator: Min. Celso de Mello, de 25 de junho de 2013, DJe, 13 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus nº 146666**, Relator: Min. Gilmar Mendes, de 10 de outubro de 2017, DJe, 09 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus nº 450.285/SP**. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 21 de agosto de 2018. DJe, 3 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus nº 469.848/SP**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, de 07 de fevereiro de 2019 (a). DJe, 14 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Lei Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União – Edição Extra de 24

dezembro de 2019, (p. 1, col. 1). Brasília, DF. 24/12/2019 (b). Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/31865675>. Acesso em: 31/05/2023.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **AgRg no HC 588.513/SP**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, de 30 de junho 2020 (a). DJe, 04 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso ordinário em Habeas Corpus nº 128.762/MG**. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, de 8 de setembro de 2020 (b), DJe, 14 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Código do Processo Penal (CPP). **Decreto Lei nº. 3.689/1941**. 4. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2022. 200 p.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Galvão de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.). Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas do cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: ED. Juspodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 14. ed. Atlas, 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Forense, 2019, v.1.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 10, 2003. p. 113-119.

SCARTEZZINI, Cid Flaquer. A situação do Brasil quanto à lavagem de dinheiro sujo. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, Brasília, v. 16, n. 2, p. 1-87, jul./

dez. 2004.

TRATADO INTERNACIONAL – PGE. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)

– **Pacto de San José da Costa Rica.** Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969 - ratificada pelo Brasil em 25.09.1992. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 31/05/2023.