



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

UMA ANÁLISE CRÍTICA DA PRISÃO PREVEN(DEFINI)TIVA

Érica Jacobs Olivieri

Rio de Janeiro  
2017

ÉRICA JACOBS OLIVIERI

UMA ANÁLISE CRÍTICA DA PRISÃO PREVEN(DEFINI)TIVA

Artigo apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Senso* em Direito Penal e Processual Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professora Orientadora:  
Ana Lúcia da Costa Barros

Rio de Janeiro  
2017

## UMA ANÁLISE CRÍTICA DA PRISÃO PREVEN(DEFINI)TIVA

Érica Jacobs Olivieri

Graduada pela Faculdade de Direito da  
Universidade Cândido Mendes. Advogada.

**Resumo** – A prisão preventiva é um dos temas mais importantes no âmbito do Processo Penal, mas ainda há muitos assuntos obscuros tanto na doutrina, como na jurisprudência, como é o caso do tempo em que uma pessoa pode ficar com sua liberdade cerceada sem que sequer haja uma sentença condenatória que pese sobre ela. Assim, a pesquisa científica em questão traz à tona alguns pontos relevantes que devem ser levados em consideração acerca do tema, com a finalidade de demonstrar que essa cautelaridade não pode perdurar por um longo lapso temporal.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Prisão Cautelar. Segregação Preventiva.

**Sumário** – Introdução. 1. Prisão cautelar e a necessidade de observância aos seus princípios norteadores. 2. Questões controvertidas acerca dos principais aspectos da prisão preventiva. 3. Análise crítica sobre a duração da prisão preventiva e sua evolução histórica. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa discutir um dos temas mais importantes do processo penal, qual seja a prisão preventiva, pois envolve a liberdade do cidadão antes de ser condenado e de estar demonstrada a sua culpa. Nesse diapasão, importante frisar que a prisão cautelar não é decretada porque o acusado é considerado culpado, mas para garantir o processo, desde que presentes os requisitos legais e a medida seja necessária. Dessa forma, já é pacificado o entendimento jurisprudencial, como também doutrinário de que esta não fere o princípio da presunção de inocência consagrado no artigo 5º, LVII da CRFB<sup>1</sup>.

De um lado está o réu presumidamente inocente, do outro, estão os demais valores constitucionais que representam direitos, liberdades, garantias, enfim, a sociedade interessada na repressão. Assim, temos um conflito entre interesse social e presunção de inocência. Por isso, apenas exigências processuais de natureza cautelar podem justificar uma limitação, total ou parcial, à liberdade das pessoas.

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 03 fev. 2018.

O que não se admite é a antecipação de pena, a qual só pode ser aplicada, de acordo com o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADCs 43 e 44, após condenação em segunda instância. No entanto, na prática processual atual, de acordo com os inúmeros *Habeas Corpus* que tramitam nos tribunais, não é raro casos em que o indiciado fique todo o tempo de julgamento na prisão, o que fere frontalmente os princípios e normas constitucionais a respeito.

Inicia-se o primeiro capítulo do presente trabalho explanando o que vem a ser a prisão preventiva e alguns dos princípios que a regem, de acordo com o previsto na legislação vigente, trazendo à baila também o posicionamento doutrinário.

Segue-se ponderando no segundo capítulo os principais aspectos acerca da prisão preventiva, incluindo as questões controvertidas sobre o tema.

O terceiro capítulo traz uma análise a respeito do tempo de duração da referida segregação cautelar, assunto este amplamente controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Por fim, o presente artigo conclui que a prisão preventiva está cada vez mais sendo usada como uma forma de antecipação de pena, o que viola frontalmente o princípio da presunção de inocência, visto que nesses casos não são estabelecidos os requisitos legais. Com isso, segundo estudos, os presídios brasileiros encontram-se superlotados com pessoas que sequer possuem uma condenação criminal, sem que haja uma diminuição da criminalidade, mas sim o movimento inverso.

A pesquisa é desenvolvida pelo método bibliográfico-histórico, qualitativo, descritivo e parcialmente exploratório, valendo-se da bibliografia pertinente à temática em foco analisada.

## 1. PRISÃO CAUTELAR E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AOS SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Conforme lição do doutrinador Fernando Capez<sup>2</sup>: "prisão é a privação de liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito".

A prisão cautelar, prevista na parte final do artigo 283 do Código de Processo Penal<sup>3</sup>, é também chamada de prisão sem pena, ou processual, ou provisória, possuindo natureza

---

<sup>2</sup>CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 227

<sup>3</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 03 fev. 2018.

puramente processual, imposta com a finalidade cautelar de garantir o bom desenvolvimento do processo e, conseqüentemente, a eventual aplicação da pena.

A prisão preventiva é uma prisão cautelar de natureza processual que pode ser decretada apenas pelo juiz ou tribunal competente, no curso da investigação preliminar ou do processo, inclusive após sentença recorrível. Ademais, mesmo na fase recursal, se houver necessidade real (garantia da aplicação da lei penal), poderá ser decretada.

A base principiológica é o que permite a coexistência de uma prisão sem que haja sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da presunção de inocência. Seguem abaixo as características de alguns princípios que regem o sistema cautelar.

De acordo com o princípio da jurisdicionalidade e motivação, toda e qualquer prisão cautelar pode ser decretada apenas por ordem judicial fundamentada, nos termos dos artigos 93, IX da Constituição Federal<sup>4</sup> e 315 do Código de Processo Penal<sup>5</sup>. Assim, encontra-se intimamente ligado ao devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV da Constituição Federal<sup>6</sup>. Assim para existir privação da liberdade, necessariamente deve preceder um processo.

Esse princípio está consagrado no artigo 5º, LXI da Constituição Federal<sup>7</sup>, o qual prevê que ninguém será preso senão em flagrante de delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de crime militar. Cumpre esclarecer que o termo “autoridade judiciária” refere-se exclusivamente ao juiz ou tribunal, com competência para tanto.

A excepcionalidade da prisão preventiva está prevista no artigo 282, §§ 4º e 6º<sup>8</sup> e no artigo 310, II<sup>9</sup>, ambos do CPP, os quais a consagram como último instrumento a ser utilizado, enfatizando a necessidade de análise sobre a adequação e suficiência das demais medidas cautelares diversas de prisão (v. arts. 319<sup>10</sup> e 320<sup>11</sup> do CPP), aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

Esse princípio deve ser lido em conjunto com a presunção de inocência, fazendo com que as prisões cautelares fiquem reservadas apenas para os casos mais graves.

Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro não utiliza essa medida de forma excepcional, banalizando-a, a ponto que primeiro se prende para investigar e depois buscar o

---

<sup>4</sup> BRASIL, op.cit. nota 1.

<sup>5</sup> BRASIL, op.cit. nota 3

<sup>6</sup> BRASIL, op.cit. nota 1.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> BRASIL, op.cit. nota 3.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Ibid.

suporte probatório que legitime a prisão cautelar. Na verdade, primeiramente deveria ser realizada a investigação, para somente após prender, desde que suficientemente demonstrado o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. O simbolismo da prisão imediata acaba sendo para a opinião pública uma ilusão de justiça instantânea, o que, na realidade, não existe.

Na lição de Carnelutti<sup>12</sup>:

O custo que se paga, desgraçadamente em moeda justiça, quando o imputado, em lugar de culpado, é inocente, e já sofreu, como inocente, uma medida análoga à pena; não se esqueça de que, se a prisão ajuda a impedir que o imputado realize manobras desonestas para criar falsas provas ou para destruir provas verdadeiras, mais de uma vez prejudica a justiça, porque, ao contrário, lhe impossibilita de buscar e de proporcionar provas úteis para que o juiz conheça a verdade. A prisão preventiva do imputado se assemelha a um daqueles remédios heroicos que devem ser ministrados pelo médico com suma prudência, porque podem curar o enfermo, mas também pode ocasionar-lhe um mal mais grave; (...)

Ferrajoli<sup>13</sup> defende que se fosse verdade que a prisão cautelar não possui natureza punitiva, deveriam ser cumpridas em instituições penais especiais, com suficientes comodidades e não como é hoje, em que o preso cautelar está em situação pior do que o preso definitivo, pois não tem regime semiaberto ou aberto.

O princípio da proporcionalidade é o norte seguido pelo juiz ao analisar o caso concreto, pois será ponderada a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida. Ademais, não podemos esquecer da estigmatização jurídica e social que o acusado sofre.

As medidas cautelares pessoais estão localizadas no ponto mais crítico do difícil equilíbrio entre dois interesses opostos sobre os quais gira o processo penal: o respeito ao direito de liberdade e a eficácia na repressão dos delitos<sup>14</sup>.

De acordo com Souza de Oliveira<sup>15</sup>, esse princípio pode ser dividido em três subprincípios, os quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação informa que a medida deve ser apta aos motivos fins. Logo, caso seja possível aplicar qualquer uma das medidas dos artigos 319<sup>16</sup> e 320<sup>17</sup>, ambos do CPP, elas serão menos onerosas que a prisão. Esse subprincípio encontra-se previsto nos artigos 282, II<sup>18</sup> e 283, §1<sup>19</sup>, ambos do CPP.

<sup>12</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. v.II. Buenos Aires: Bosh, 1950. p.75.

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. 10.ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 766.

<sup>14</sup> MARTINEZ, Sara Aragoneses, et al. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces S.A., 1996, p.387.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza. *Por uma Teoria dos Princípios: O Princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 321.

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit. nota 3.

<sup>17</sup> Ibid

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit. nota 3.

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit. nota 3.

Nesse sentido, são as palavras de Badaró<sup>20</sup> quando sintetiza que deverá haver uma proporcionalidade entre a medida cautelar e a pena a ser aplicada. O juiz deverá também verificar a probabilidade de que ao final se tenha que executar uma pena privativa de liberdade. Se a prisão preventiva, ou qualquer outra prisão cautelar, for mais gravosa que a pena que se espera ao final imposta, não será dotada de caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que irá substituir e que ela deve preservar.

Ao passo que a necessidade “preconiza que a medida não deve exceder o imprescindível para a realização do resultado que almeja.”<sup>21</sup>.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito significa a ponderação feita entre a liberdade do cidadão presumidamente inocente e a necessidade da prisão.

Em suma, diante das diversas alternativas previstas no art. 319 do CPP, o juiz deverá agir com ponderação, reservando a prisão como última ferramenta. Assim, é absolutamente desproporcional decretar a prisão preventiva em se tratando de crimes: (i) cometidos sem violência ou grave ameaça, cuja pena privativa de liberdade pode ser substituída, nos termos do artigo 44 do CP; (ii) que permitam suspensão condicional do processo ou transação penal; (iii) cuja pena projetada não seja superior a 2 anos, o que viabiliza o instituto do sursi e; (iv) quando o regime de cumprimento, no caso de eventual condenação, for regime aberto ou semiaberto, conforme precedente do STJ<sup>22</sup>.

Nas prisões cautelares, a provisionalidade é um princípio básico por tutelar situações fáticas e encontra-se consagrado no art. 282, §§ 4º e 5º do CPP<sup>23</sup>.

Cumprido ressaltar a crítica feita por Lopes Jr.<sup>24</sup> à previsão legal do juiz atuar de ofício:

O atuar de ofício por parte do juiz está vedado em qualquer parte da persecução criminal. (...) não é papel do juiz, à luz do sistema acusatório constitucional, do princípio da inércia da jurisdição e dos postulados da imparcialidade, sair decretando prisões ou medidas cautelares de ofício. Sim, porque o disposto em tela permite, inclusive, que o juiz decrete uma prisão preventiva de ofício (seja pela conversão do flagrante em preventiva (art. 310), ou pela possibilidade de decretação de ofício no curso do processo (art. 311), sem prévio pedido, isso é absolutamente incompatível com os princípios anteriormente referidos.

---

<sup>20</sup> BADARÓ, Gustavo Righi Ivahy. *Direito Processual Penal*. t. II. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, Elsevier, 2012. p. 150-152

<sup>21</sup>BRASIL, op. cit. nota 15.

<sup>22</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 182.750-SP*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001535460&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 03 fev. 2018.

<sup>23</sup>BRASIL, op. cit. nota 3.

<sup>24</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016. p. 795.

Conclui-se, portanto, que a prisão preventiva ou quaisquer uma das medidas alternativas poderão ser revogadas ou substituídas a qualquer tempo, no curso ou não do processo, desde que desapareçam os motivos que a legitimam; mas também podem ser decretadas a partir do surgimento do *periculum libertatis*.

Nesse sentido, Lopes Jr.<sup>25</sup>: “O desprezo pela provisionalidade conduz a uma prisão cautelar ilegal, não apenas pela falta de fundamento que a legitime, mas também por indevida apropriação do tempo do imputado”.

Por último, o princípio da provisioriedade é decorrente do fato das prisões cautelares serem, acima de tudo, situacionais, uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida, deve cessar a prisão.

Encontra-se consagrada no art. 282, §§ 4º e 5º do CPP<sup>26</sup> e o desprezo por esse princípio torna a prisão cautelar ilegal, não apenas pela falta de fundamento que a legitime, mas também por indevida apropriação do tempo do imputado.

Portanto, as medidas cautelares poderão ser revogadas ou substituídas a qualquer tempo no curso do processo ou não, desde que desapareçam os motivos que as legitimam, bem como poderão ser novamente decretadas, desde surja a necessidade.

Esse tema ganha relevância em relação a prisão preventiva, porque a prisão temporária, como já dito anteriormente, possui prazo previsto em lei. Assim, a duração da prisão preventiva será discutida em capítulo específico.

## 2. QUESTÕES CONTROVERTIDAS ACERCA DOS PRINCIPAIS ASPECTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva pode ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, inclusive após a sentença condenatória recorrível. Ademais, mesmo na fase recursal, se houver necessidade real, com fundamento na garantia da aplicação da lei penal, poderá ser decretada.

Conforme estabelecido no artigo 311 do CPP<sup>27</sup>, somente pode ser decretada pelo juiz ou tribunal, em decisão fundamentada, de ofício ou em virtude de requerimento do Ministério Público, de autoridade policial, seguida de manifestação do MP, ou do querelante.

---

<sup>25</sup> LOPES JR., op. cit. nota 24.

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit. nota 3.

<sup>27</sup> BRASIL, op. cit. nota 3.



A permissibilidade da atuação de ofício para decretação da prisão preventiva é muito criticada, visto que viola a imparcialidade do juiz, garantia esta que corresponde a posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz. Em síntese, Jacinto Coutinho<sup>28</sup> diz que: “não significa que ele está acima das partes, mas que está para além dos interesses delas”.

Assim, ao decretar uma prisão preventiva de ofício, assume o juiz uma postura incompatível com aquela exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, com a estética de afastamento que garante a imparcialidade.

O requisito básico para a decretação da prisão preventiva, conforme prevê o art. 312 do CPP<sup>29</sup>, consiste na existência do *fumus commissi delicti*. Ao passo que deverá ser fundamentada no *periculum libertatis* do acusado. É exigida a presença concomitante de ambos (requisito e fundamento) para manutenção da prisão. Com isso, o desaparecimento dos motivos que legitimam a medida, implica na imediata soltura do indiciado.

Como dito, o requisito para aplicação de uma prisão preventiva é que haja a prova da existência de crime e indícios suficientes de autoria, ou seja, probabilidade da ocorrência de uma infração. Em outras palavras, é necessária uma conduta aparentemente típica, ilícita e culpável.

O *fumus commissi delicti* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapaixonado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto.<sup>30</sup>

Portanto, é necessário que o pedido venha acompanhado de um mínimo de provas, mas suficientes, para demonstrar a autoria e a materialidade do delito e que a decisão judicial seja fundamentada.

Além do *fumus commissi delicti*, a prisão preventiva exige uma situação de perigo ao normal desenvolvimento do processo, representada pelo *periculum libertatis*, o qual consiste no risco decorrente do estado de liberdade do imputado, podendo comprometer o normal desenvolvimento do processo, com a frustração da função punitiva, como ocorre no caso de fuga, como também quando há destruição de provas.

---

<sup>28</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: \_\_\_\_\_. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.11

<sup>29</sup> BRASIL, op. cit. nota 3.

<sup>30</sup> ILLESCAS RUS, Angel-Vicente. Las Medidas Cautelares Personales em el Procedimento Penal. *Revista de Derecho Procesal*. Madrid, n. 1, 1995. p. 66

Este se encontra previsto no Código de Processo Penal como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei.

Aos dois pressupostos acima mencionados (*fumus comissi delicti e periculum libertatis*), deve ser somada uma das condições ou circunstâncias elencadas no artigo 312 do CPP<sup>31</sup>.

A expressão garantia da ordem pública possui uma maleabilidade conceitual, mas pode ser entendida como a situação e o estado de legalidade normal; a paz, a tranquilidade no meio social.

Nas sábias críticas de Lopes Jr.<sup>32</sup>: “Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer...”.

Nessa linha, é recorrente a utilização da gravidade ou brutalidade do delito, da repercussão do crime, do clamor social ou até mesmo na “credibilidade das instituições” como fundamento para decretação da prisão preventiva.

Como bem pontuado pelo Ilustre Ministro Rogério Schietti<sup>33</sup>, o prognóstico de nossa atual sociedade:

A sensação de insegurança, de medo, de incredibilidade, de ódio, aumenta, porque não se vê uma reação imediata e eficiente do Estado a um comportamento que incomodou ou indignou certa comunidade. Efetuada a prisão, acalmam-se ou aliviam-se tais sentimentos, diminuindo a pressão e a angústia do povo. Esse, sem dúvida alguma, é o discurso não raro presente em alguns decretos de custódia preventiva, e que perpassa nas mentes das pessoas de uma maneira geral.

Fernando Capez<sup>34</sup> sustenta que:

A brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo *fumus boni iuris*, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo.

Contudo, ele mesmo reconhece que:

Há, no entanto, uma forte corrente em sentido contrário, sustentando que, neste caso, não se vislumbra *periculum in mora*, porque a prisão preventiva não seria decretada em virtude de necessidade do processo, mas simplesmente em face da gravidade do delito, caracterizando-se afronta ao estado de inocência. Nesse sentido já decidiu o STF: “A repercussão do crime ou clamor social não são justificativas legais para a prisão preventiva”

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit. nota 3.

<sup>32</sup> BRASIL, op. cit. nota 24

<sup>33</sup> CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar: Drama, Princípios e Alternativas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.26

<sup>34</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 243

A corrente majoritária não admite a prisão com base na gravidade do delito, seja abstrata ou concreta, do clamor social, da repercussão do crime ou na “credibilidade das instituições”. Assim, nas palavras do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca<sup>35</sup>, nos autos do voto de um recente julgado, o posicionamento jurisprudencial é no seguinte sentido:

(...) Para a privação desse direito fundamental da pessoa humana é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revele a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime.

No mesmo sentido é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal<sup>36</sup>:

Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Prisão preventiva. 3. Segregação cautelar mantida com base, apenas, na gravidade abstrata do crime. 4. Ausência de fundamentação idônea. Decisão contrária à jurisprudência dominante desta Corte. Constrangimento ilegal configurado. 5. Ordem concedida para revogar o decreto prisional sem prejuízo da análise da aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.

Nesse diapasão, nas brilhantes palavras do Ministro Eros Grau<sup>37</sup>:

A custódia cautelar voltada à garantia da ordem pública não pode, igualmente, ser decretada com esteio em mera suposição - vocábulo abundantemente usado na decisão que a decretou – de que o paciente obstruirá as investigações ou continuará delinquindo. Seria indispensável, também aí, a indicação de elementos concretos que demonstrassem, cabalmente, a necessidade da medida extrema.

Ademais, de acordo com o termo “conveniência da instrução criminal”, deve ser decretada a prisão preventiva do acusado quando seu estado de liberdade coloca em risco a coleta de provas ou o normal desenvolvimento do processo, seja porque está apagando vestígios do crime, destruindo documentos, ameaçando, constrangendo ou subornando testemunhas, vítimas, peritos e até mesmo o juiz e promotor do caso.

Aury Lopes critica o uso do termo “conveniência”, pois é um conceito aberto, relacionado com ampla discricionariedade, incompatível com o instituto da prisão preventiva,

<sup>35</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 400.867-SP*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701204478&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 03 fev. 2018.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 139.325-MG*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5109934>> Acesso em: 03 fev. 2018.

<sup>37</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 95.009-4-SP*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/hc95009eg.pdf>> Acesso em: 03 fev. 2018.

pautada pela excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, sendo, portanto, último instrumento a ser utilizado.

Nas palavras do doutrinador Rogério Schietti<sup>38</sup>, no que toca à prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, a crítica que de início se faz diz com a expressão mantida pelo reformador, como se fosse possível cercear a liberdade humana por simples razões de conveniência.

Vale lembrar que o agente pode ainda responder pelo crime de coação no curso do processo, previsto no artigo 344 do Código Penal.

Outra circunstância prevista é “assegurar a aplicação da lei penal”, a qual possui a finalidade de evitar a fuga do agente do distrito de culpa, tornando inócua a sentença penal, por impossibilidade de aplicação da pena cominada.

Importante destacar que o risco de fuga não pode ser presumido pelo magistrado, sendo necessário um mínimo de prova sensata no sentido de que ele está se desfazendo de seus bens ou de que vai mudar-se para lugar ignorado, por exemplo. Tal decisão deve ser fundamentada, apresentando dados concretos.

Por outro lado, a garantia da ordem econômica tem o objetivo de perseguir a ganância, ou seja, tutelar o risco decorrente das condutas que afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultosas ou por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro.

Por fim, além do *fumuscomissi delicti* e do *periculum libertatis*, deverá o juiz observar os limites de incidência da prisão preventiva que estão enumerados no artigo 313 do Código de Processo Penal<sup>39</sup>.

No que tange aos crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 anos, é importante destacar que em caso de concurso de crimes, inclina-se a jurisprudência para uma solução similar àquela utilizada para definição da competência dos juizados especiais criminais ou o cabimento da suspensão condicional do processo, ou seja, deve incidir o aumento da pena decorrente do concurso material (somam-se as penas máximas), formal ou crime continuado (incide a causa de aumento no máximo e a de diminuição no mínimo), conforma súmulas 723

---

<sup>38</sup> SCHIETTI, op.cit. nota 33.

<sup>39</sup> BRASIL, op.cit. nota 3.

do STF<sup>40</sup> e 243 do STJ<sup>41</sup>. Em qualquer hipótese, se a pena máxima obtida for superior a 4 anos, está cumprido o requisito.

### 3. ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Aury Lopes Jr.<sup>42</sup> defende que toda prisão preventiva deve, ou deveria, ser temporária, ou seja, de breve duração, não podendo representar uma antecipação de pena.

O maior problema acerca da prisão preventiva é a absoluta indeterminação acerca do seu tempo de duração, pois essa questão não se encontra disciplinada. Diante disso, essa medida pode perdurar enquanto o juiz ou tribunal entender existir *periculum libertatis*.

Surge então um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação sobre o prazo de duração das prisões preventivas!

A jurisprudência tentou construir limites globais a partir da soma dos prazos que compõe o procedimento. Assim, no caso do procedimento ordinário, superados os 81 dias e o imputado continuasse preso, haveria excesso de prazo.

Em 1995, com o advento da lei do crime organizado<sup>43</sup>, foi positivado esse prazo de 81 dias, previsto no artigo 8º: “O prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 dias, quando o réu estiver preso, e de 120 dias, quando solto”.

Com a reforma do Código de Processo Penal, através da Lei nº 11.719/2008<sup>44</sup>, ocorreram duas grandes alterações em relação a esse tema: (i) a soma dos atos do procedimento ordinário passou a ser de no mínimo 105 dias e; (ii) o artigo 412 estabeleceu que a primeira fase do tribunal do júri deve ocorrer em até 90 dias.

---

<sup>40</sup> *Súmula 723 do STF*: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2651>> Acesso em: 03 fev.2018.

<sup>41</sup> *Súmula 243 do STJ*: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano”. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_18\\_capSumula243.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula243.pdf)> Acesso em: 03. fev.2018.

<sup>42</sup> LOPES JR, op.cit. nota 24.

<sup>43</sup> BRASIL. *Lei nº 9.034*, de 03 de maio de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm)> Acesso em: 03 fev. 2018.

<sup>44</sup> BRASIL. *Lei nº 11.719*, de 20 de junho de 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/L11719.htm)> Acesso em: 03 fev.2018.

Posteriormente, com a nova reforma do Código de Ritos pela Lei nº 12.403/11<sup>45</sup>, perdeu-se uma grande oportunidade de resolver o problema histórico da falta de definição em lei da duração máxima da prisão cautelar e também da previsão de uma sanção processual em caso de excesso, qual seja, imediata liberação do detido.

Deve-se aproveitar o ensejo para esclarecer que ao longo da tramitação do PL 4208/2001, foi redigido o artigo 315-A que determinava “a prisão preventiva terá duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado tiver dado causa à demora”. Contudo, este dispositivo foi vetado pela Lei nº 12.403/11<sup>46</sup>.

No ano de 2013 a Lei nº 12.850/2013<sup>47</sup> revogou e substituiu a Lei nº 9.034/95, fixando o seguinte em seu artigo 22, § único:

A instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu

Atualmente, de acordo com o entendimento doutrinário, o prazo de duração da prisão preventiva encontra-se assim: (i) rito do tribunal do júri: 90 dias (v. art. 412 do CPP); (ii) organização criminosa: 120 dias, prorrogável por igual período (v. art. 22, §ú da Lei nº 12.850/13); (iii) procedimento ordinário: 90 ou 105 dias.

Após essa análise histórica existente principalmente na doutrina, cabe analisar que a jurisprudência oscila muito em relação a esse assunto, não tenho um posicionamento majoritário a ser seguido, pois depende caso a caso.

Diariamente são distribuídos perante todos os tribunais do Brasil inúmeros pedidos de revogação de prisão preventiva alegando excesso de prazo. Nesse diapasão, cabe lembrar que esse termo prazo arguido é bastante subjetivo, visto que, como explanado acima, não há uma previsão legal para tal.

Assim, até mesmo os tribunais superiores possuem posicionamentos bastante voláteis a respeito do tempo em que o cidadão deve/pode permanecer com sua liberdade cerceada sem que haja uma sentença transitada em julgada. Os julgadores levam em consideração inúmeros aspectos subjetivos, tais como, o crime imputado, o número de corréus, análise da tramitação

---

<sup>45</sup> BRASIL. Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm)> Acesso em 03 fev.2018.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)> Acesso em: 03 fev.2018.

da instrução processual em consonância com a complexidade do fato etc., para determinar ou não a soltura.

Dessarte, concretamente, não existe nada em termos de limite temporal das prisões cautelares, impondo-se uma urgente discussão em torno da matéria, para que normativamente sejam estabelecidos prazos máximos de duração para as prisões cautelares, a partir das quais a segregação seja absolutamente ilegal.<sup>48</sup> Por fim, não se pode esquecer que a razoável duração do processo, assegurada pelo art. 5º, LXXVIII da CRFB<sup>49</sup>, é o fundamento da prisão, devendo ser assegurado a qualquer detento.

## CONCLUSÃO

A prisão preventiva, entendida como uma espécie de prisão cautelar decretada durante o processo e antes da sentença final deve ser analisada com muita atenção. A situação é delicada, e deve ser invocada em casos de extrema necessidade processual, e pelo tempo estritamente necessário.

O princípio da presunção de inocência, basilar de todo processo penal, encontra óbices na prisão cautelar quando esta é decretada sem observância da finalidade processual, só o fato de prender provisoriamente, está conduzindo o julgador a condenar o réu, o que dificulta muito a visualização do princípio citado quanto a sua aplicabilidade.

Ao observar os dados fáticos do sistema penitenciário brasileiro notou-se a evolução absurda da utilização da prisão provisória no ano de 2000. A população carcerária remontava o numero de 232.755 pessoas, dentre as quais 80.775 eram presos sem condenação definitiva; no ano de 2010, das 496.251 pessoas encarceradas no Brasil, 164.683 são de presos que ainda não receberam uma sentença condenatória passada em julgado. Esses dados por si só clamam por atenção e principalmente preocupação da comunidade jurídica penal.

O aumento de presos provisórios, certamente, não significa a diminuição do número de criminosos. Ao contrário, o perigo social é cada vez maior. Por isso, faz-se necessário a limitação do decreto cautelar somente aos casos que visam assegurar o processo, e dentro desses casos, avaliar com a lupa da excepcionalidade, os casos que são imprescindíveis para a instrução. Caso contrário, além de constituir atentado contra os princípios do processo penal, a

---

<sup>48</sup> LOPES JR, op.Cit. nota 24. p.599

<sup>49</sup>BRASIL, op.cit. nota 1.

prisão será responsável por causar danos físicos, psíquicos, espirituais, e trazer mais adeptos ao sub-mundo do crime.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Righi Ivahy. *Direito Processual Penal*. t.II. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, Elsevier, 2012.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 03 fev. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 03 fev. 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.034*, de 03 de maio de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm)> Acesso em: 03 fev. 2018.

BRASIL. *Lei nº 11.719*, de 20 de junho de 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/L11719.htm)> Acesso em: 03 fev. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.403*, de 04 de maio de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm)> Acesso em: 03 fev. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)> Acesso em: 03 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 95.009-4-SP*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc95009eg.pdf>> Acesso em: 03 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 139.325-MG*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5109934>> Acesso em: 03 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 182.750-SP*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001535460&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 03 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 400.867-SP*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701204478&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao>>



=processos.ea> Acesso em: 03 fev. 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Processo Penal*. Buenos Aires: Editora Bosh, 1950. v.II.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: \_\_\_\_\_. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar: drama, Princípios e Alternativas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoria del garantismo penal*. 10.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

ILLESCAS RUS, Angel-Vicente. Las Medidas Cautelares Personales em el Procedimento Penal. *Revista de Derecho Procesal*. Madrid, n. 1, 1995.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

MARTINEZ, Sara Aragonese, et al. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces S.A., 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11.ed. São Paulo: RT, 2014.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza. *Por uma Teoria dos Princípios: o Princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

*Súmula 243 do STJ*: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano”. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_18\\_capSumula243.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula243.pdf)> Acesso em: 03 fev. 2018.

*Súmula 723 do STF*: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2651>> Acesso em: 03 fev. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.