



**UEPB – UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA**  
**CCJ – CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM NÍVEL DE ESPECIALIZAÇÃO EM**  
**PRÁTICA JUDICANTE**

MAXWELL LEONARDO DIAS

**PRISÃO PREVENTIVA: ANÁLISE SOBRE A AUSÊNCIA DE**  
**PRAZO DE DURAÇÃO**

Campina Grande - PB

2019

MAXWELL LEONARDO DIAS

**PRISÃO PREVENTIVA: ANÁLISE SOBRE A AUSÊNCIA  
DE PRAZO DE DURAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Nível de Especialização em Prática Judicante da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento às exigências para obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Rosimeire Ventura Leite.

Campina Grande  
2019

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

D541p Dias, Maxwell Leonardo.  
Prisão preventiva [manuscrito] : análise sobre a ausência de prazo de duração / Maxwell Leonardo Dias. - 2019.  
49 p.  
Digitado.  
Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa , 2019.  
"Orientação : Profa. Dra. Rosimeire Ventura Leite , Coordenação do Curso de Direito - CCJ."  
1. Prisão preventiva. 2. Ausência de prazo. 3. Sistema prisional. I. Título  
21. ed. CDD 345.05

MAXWELL LEONARDO DIAS

## PRISÃO PREVENTIVA: ANÁLISE SOBRE A AUSÊNCIA DE PRAZO DE DURAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Nível de Especialização em Prática Judiciária da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento às exigências para obtenção do título de Especialista em Prática Judiciária.

Aprovado em: 17/06 /2019

Nota: 9,0 (muito)

*Rosimeire Ventura Leite*

---

Profª. Drª. Rosimeire Ventura Leite  
Orientadora

*Mara Karinne Lopes Veriato Barros*

---

Profª. Ms. Mara Karinne Lopes Veriato Barros  
Examinadora

*Waltimar Batista Rodrigues Lula*

---

Profª. Drª. Waltimar Batista Rodrigues Lula  
Examinadora

## **Agradecimentos**

A Deus em primeiro lugar, por nos permitir os dias e seus ensinamentos, por nos permitir saúde e energia para a vida.

A minha família, por ser minha base forte, meu porto seguro.

A minha esposa Richelle, por desde muito ser um pilar na minha vida e uma fonte de inspiração e motivação.

A minha orientadora, professora Rosimeire Ventura Leite, pela verdadeira orientação dispensada à concretização deste trabalho, por sua paciência e humildade em compartilhar seu conhecimento.

A minha amiga Fabiene por ter doado parte do seu tempo e se empenhado na revisão e melhoramento textual do trabalho.

Aos colegas de curso pelo convívio cordial e transmissão de vossas experiências práticas, que em muito engrandeceram o aprendizado.

Às instituições ESMA e UEPB, representadas por todos os seus professores e colaboradores, que nos permitiram a estrutura necessária à conclusão de mais uma etapa de nossas vidas.

## Resumo

Este estudo tem por objetivo analisar o âmbito de aplicação da prisão processual no Brasil, especialmente a lacuna legislativa quanto à definição de prazo de duração para o instituto. A ampla utilização da cautelar *prisão preventiva* nas legislações de todo o mundo demonstra sua grande relevância para a efetivação da jurisdição penal. Contudo, sua indeterminação no tempo na legislação pátria, associada à falta de mecanismos que motivem a revisão periódica das circunstâncias que deram causa à prisão processual, carregam consequências indesejáveis em um Estado Democrático de Direito, dentre elas a incerteza sobre o momento de retorno à liberdade do acusado. É comum que pessoas sejam “abandonadas” no sistema prisional brasileiro e acabem permanecendo presas durante anos sem julgamento. Para substanciar essa constatação, foram analisados dados, produzidos por órgãos oficiais, que demonstraram a grande superioridade numérica de presos provisórios nos estabelecimentos prisionais do Brasil em relação a outros países. Em face dessa lacuna legislativa, seria o caso de o magistrado estabelecer prazos nas decisões que decretam a prisão preventiva para fins de consignação de termo final desta medida cautelar? Justifica-se o tema devido à necessidade de se discutir as problemáticas do sistema carcerário brasileiro, dentre elas o questionamento sobre a falta de duração razoável da prisão preventiva. Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental, de cunho teórico, com consulta a textos normativos, obras jurídicas e sites oficiais pertinentes à matéria. Por fim, sustenta-se que a delimitação temporal da prisão preventiva é medida necessária para a preservação das garantias constitucionais, dependendo de modificações legais, mas, podendo, já de imediato, ser a lacuna suprida por prazos fixados pelo próprio juiz.

**Palavras-chave:** Prisão preventiva. Ausência de prazo. Sistema prisional.

## **Abstract**

The purpose of this study is to analyze the scope of application of procedural arrest in Brazil, especially the legislative gap regarding the definition of term of duration for the institute. The widespread use of precautionary pre-trial detention in legislation around the world demonstrates its great relevance to the enforcement of criminal jurisdiction. However, its indeterminacy in time in the national legislation, associated to the lack of mechanisms that motivate the periodic revision of the circumstances that gave rise to the arrest process, carries undesirable consequences in a Democratic State of Law, among them the uncertainty about the moment of return to freedom of the accused. It is common for people to be "abandoned" in the Brazilian prison system and end up being held for years without trial. In order to substantiate this finding, data were analyzed, produced by official bodies, which demonstrated the great numerical superiority of provisional prisoners in prisons in Brazil in relation to other countries. In view of this legislative gap, would it be the case for the magistrate to establish deadlines in the decisions that order pre-trial detention for the purpose of assigning the final term of this precautionary measure? The subject is justified because of the need to discuss the problems of the Brazilian prison system, among them the questioning about the lack of reasonable length of pre-trial detention. This is a bibliographic and documentary research, with a theoretical nature, with reference to normative texts, legal works and official websites relevant to the subject. Finally, it is argued that the temporal delimitation of pre-trial detention is a necessary measure for the preservation of constitutional guarantees, depending on legal changes, but may, immediately, be the gap filled by deadlines set by the judge himself.

**Keywords:** Pretrial detention. Absence of time. Prison system.

## Sumário

|  |    |
|--|----|
| Introdução .....   | 9  |
| 1 Prisão cautelar: breve apanhado histórico .....                                | 13 |
| 1.1 A natureza cautelar da prisão ao longo da história .....                     | 13 |
| 1.2 Prisão no Brasil .....   | 15 |
| 2 Prisão Preventiva .....  | 18 |
| 2.1 Conceito .....   | 18 |
| 2.2 Lastro jurídico da prisão preventiva.....                                    | 20 |
| 2.2.1 Previsão constitucional .....  | 20 |
| 2.2.2 A Lei 12.403/2011.....   | 21 |
| 2.2.3 Requisitos à decretação da prisão preventiva .....                         | 23 |
| 2.2.3.1 Fundamentos à decretação da prisão preventiva.....                       | 24 |
| a. Garantia da Ordem Pública.....  | 24 |
| b. Garantia da Ordem Econômica.....  | 25 |
| c. Conveniência da Instrução Criminal.....                                       | 26 |
| d. Garantia de Aplicação da Lei Penal.....                                       | 27 |
| 3 Prazo de Duração da Prisão Preventiva .....                                    | 29 |
| 3.1 A ausência de prazo e seus efeitos.....                                      | 29 |
| 3.2. Prazos nas legislações estrangeiras .....                                   | 34 |
| 3.3. A custódia cautelar nas legislações de Portugal, Reino Unido e Itália ..... | 35 |
| 3.3.1 Portugal .....   | 35 |
| 3.3.2 Reino Unido .....  | 37 |
| 3.3.3 Itália .....   | 39 |
| 3.4. Medidas para delimitação do prazo da prisão preventiva no Brasil.....       | 40 |
| Considerações Finais.....  | 45 |
| Referências .....  | 48 |

## Introdução

No Brasil, a legislação processual penal não definiu o tempo de duração da prisão preventiva. O legislador pátrio resumiu-se a dizer que o decreto prisional pode ser revogado pelo juiz, caso os pressupostos que ensejaram a prisão cautelar deixem de existir. A legislação, igualmente, não apresenta dispositivos que mobilizem a estrutura do judiciário no sentido de promover revisões periódicas das circunstâncias que motivaram a cautelar, qualificando suas revogações como episódios eventuais e não como uma metodologia categoricamente utilizada pelo aparelho estatal.

Esse vazio legislativo contrasta fortemente com a essência efêmera da medida cautelar – prisão preventiva. Sua conformação no ordenamento jurídico visa à proteção da persecução penal, cujo progresso pretende substanciar o processo e permitir a prolação de uma sentença justa ao caso. Assim, a prisão preventiva seria excepcional, na medida da real necessidade de se resguardar o bom andamento da investigação e do processo, e provisória pois, duradoura na proporção da duração razoável da *persecutio criminis*.

Porém, qual a duração da efetiva persecução penal? Não há resposta concreta para esta pergunta. Pode-se até considerar o prazo limite de prescrição para cada crime, assim como previsto no art. 109 do Código Penal. Mas esse parâmetro não serve, obviamente, para fins de definição do limite da prisão preventiva. O que existem são balizas abstratas que pretendem definir o que seria um intervalo de tempo “razoável” para cada caso concreto. Pondera-se fatores como complexidade da causa, números de réus, conduta das partes no processo, etc., que têm implicação direta no tempo de conformação das bases para a prolação da sentença.

Contudo, tais parâmetros abstratos não têm se mostrado suficientes para este fim, e o que se observa na prática é o impreciso prolongamento temporal da prisão cautelar, que submete o indivíduo, até então presumido inocente, ao vagaroso compasso dos trâmites pré-processual – fase de investigação policial – e processual. Desta forma, não há como se garantir, sem a definição objetiva de termo final, a provisoriedade da prisão processual, porque ninguém é capaz de dizer

quando ela acabará.

A lacuna legislativa deixada pelo Estado gera esse panorama de inexatidão temporal, que desrespeita os próprios preceitos estatais guarnecidos na Constituição. Não se pode cogitar manter uma pessoa presa por tempo desconhecido, em um contexto no qual a marcha da persecução penal é incerta. Corre-se o risco de submeter o preso preventivo a períodos de encarceramento abusivos, consumindo-se desmedidamente sua liberdade. Não é isso que deseja nossa ordem constitucional. A supressão indefinida da liberdade precipita a condenação.

Além da afronta ao direito de liberdade daquele que ainda não teve sua culpa legalmente comprovada, com esta lacuna legislativa o Estado cultiva para si um outro problema, que acompanha o sistema prisional brasileiro há muito tempo: sua alta taxa de utilização, que hoje chega a casa dos 175%, segundo números do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, s/d).

A superlotação do sistema carcerário não é um problema simples de se analisar. Não tem causa única. Diversos fatores de diferentes naturezas se consubstanciam na formação do quadro. O fracasso na tentativa de ressocialização, que gera um alto índice de reincidência criminal, e o grande número de pessoas presas envolvidas no tráfico de drogas são alguns exemplos dos componentes desta problemática.

Entretanto, a ampla parcela de presos provisórios inseridos no sistema prisional tem destaque neste estudo. Dados de um relatório divulgado no ano de 2018 pelo CNJ (CNJ, 2018) revelam que 40% do total dos presos brasileiros são provisórios, o que corresponde a aproximadamente 241.000 pessoas. Grande quantidade deste montante acaba permanecendo, indefinidamente, nas celas do país, inflando os quadros de superlotação e sendo submetida às condições degradantes do aparelho prisional e à cooptação do crime organizado. É uma verdadeira “simbiose do infortúnio”.

Pode-se sustentar outras consequências da prática do aprisionamento preventivo sem limite temporal, como as repercussões sociais e econômicas para o país ou mesmo as implicações pessoais e familiares para o segregado. Entretanto, neste trabalho pretende-se destacar especialmente a imprecisão procedimental

gerada pela falta de fronteiras conhecidas para a cautelar preventiva, que submete a pessoa ao compasso assistemático da persecução penal e afronta diretamente o regramento constitucional, o qual preconiza a presunção de inocência e a duração razoável do processo.

Um segundo ponto destacado, este como reflexo prático da prisão sem prazo, será a acumulação de presos provisórios nos estabelecimentos prisionais do país. Os índices brasileiros demonstram-se significativamente maiores se comparados aos indicadores de países que adotam a metodologia de prazos definidos em suas legislações.

Logo, tendo em vista este panorama, a fim de se lançar luz sobre a problemática exposta, questiona-se:

Em face da lacuna legislativa, seria o caso de se estabelecer prazos nas decisões que decretam a prisão preventiva para fins de consignação de termo final desta medida cautelar?

Desta maneira, o objetivo precípua do trabalho é trazer à discussão a possibilidade da adoção, pelo magistrado, de prazos para a prisão preventiva diante da omissão legislativa, como medida de respeito à ordem constitucional, categorizada, neste contexto, nos princípios da presunção de inocência e duração razoável do processo, e como ferramenta de enfrentamento ao quadro de superlotação do sistema prisional brasileiro.

O trabalho se justifica tendo em vista a necessidade de se discutir as consequências do aprisionamento preventivo indefinido, ora vivenciado como praxe nas rotinas judiciais brasileiras, e de se buscar soluções para a omissão legislativa quanto à indefinição de prazo para esta medida cautelar.

Para tanto, no início da discussão faz-se uma explanação histórica que objetiva situar o caráter cautelar da prisão no contexto de sua evolução, inclusive no Brasil, revisitando-se suas bases teóricas, as quais permitiram chegar à configuração atual do instituto. Em um segundo momento, apresenta-se a disposição no ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se sua previsão constitucional e principais diretrizes da legislação infraconstitucional.

No terceiro capítulo do trabalho são apresentadas algumas consequências sofridas pela falta da regulamentação legislativa a respeito do prazo da prisão

preventiva. Para isto, foram utilizados dados estatísticos levantados por instituições oficiais do país, que ilustram o embasamento teórico desenvolvido e suscitado pela doutrina pertinente.

Ainda, visitou-se a legislação de países que adotaram a definição objetiva de prazos para cautelar preventiva, notadamente, Portugal, Reino Unido e Itália, por suas relevâncias na concepção do ordenamento jurídico brasileiro. Fez-se um paralelo entre as metodologias adotadas por estes países, que culminou com a comparação dos índices de ocupação dos respectivos sistemas prisionais com os indicativos brasileiros, sobretudo em relação aos presos provisórios.

Por fim, discutiu-se as balizas normativas autorizadoras da aplicação de prazo pelo magistrado, acrescentando-se, inclusive, parâmetros que podem ser utilizados para a quantificação do período de cárcere preventivo.

Espera-se, portanto, que essa discussão sobre a determinação de prazos ganhe força no campo acadêmico e possa ser considerada na atividade prática da magistratura como uma forma de aperfeiçoamento da decisão que decreta a prisão preventiva, objetivando-se a mitigação dos indesejáveis efeitos da lacuna legislativa quanto à indefinição de prazo para a medida cautelar – prisão preventiva.

## 1 Prisão cautelar: breve apanhado histórico

A compreensão sobre a origem da prisão de natureza cautelar, indissociavelmente, confunde-se com a compreensão da história do encarceramento no mundo. Ao passo que as civilizações incrementaram o aprisionamento às suas rotinas penais, diferentes finalidades foram atribuídas ao cárcere, de modo que observar o surgimento da prisão cautelar significa estudar a história das prisões.

### 1.1 A natureza cautelar da prisão ao longo da história

Desde o primeiro instante em que o ser humano percebeu a necessidade de limitar a liberdade de determinado indivíduo, o fez, instintivamente, aprisionando-o. Evidencia-se daí a lógica inseparável do aprisionamento como meio de limitação ao direito de ir e vir. A datar do surgimento da civilização moderna – 3000 anos a.C., os relatos históricos apontam que todas as civilizações se utilizaram do encarceramento nas suas rotinas penais, chegando-se, ao longo do tempo, à concepção de prisão como meio de punição.

Entretanto, naqueles primeiros períodos, a prisão era frequentemente empregada como um paliativo anterior à condenação, que se dava por penas corporais, condenação à morte ou à escravidão. Denota-se a característica cautelar dada à prisão neste período, não sendo, portanto, o meio punitivo, mas a garantia da aplicação da pena pela presença coercitiva do condenado.

Os registros mais antigos revelam que, em quase todos os modelos prisionais antigos, encontram-se características que evidenciam as condições subumanas às quais eram submetidos os prisioneiros. O cárcere era instituído, quase sempre, no subsolo das edificações, com passagens e celas claustrofóbicas – locais onde as pessoas eram mantidas acorrentadas entre si ou em paredes.

Bitencourt (2011, p. 30) afirma que:

Os lugares onde se mantinham os acusados até a celebração do julgamento eram bem diversos, já que naquela época não existia ainda uma arquitetura penitenciária própria. Os piores lugares eram empregados como prisões: utilizavam-se horrendos calabouços, aposentos frequentemente em ruínas ou insalubres de castelos, torres, conventos abandonados, palácios e outros edifícios.

Já na Idade Moderna (1453 - 1789), com a instituição da inquisição eclesiástica, a prisão perpétua foi introduzida como instrumento de expiação moral,

cedendo-se, lentamente, às penas que não as de cunho necessariamente corporal. A prisão perdia, desta forma, a excepcionalidade cautelar e passava a ser meio de disposição do condenado pelo Estado. Por outro lado, o flagelo, a aflição e a tortura marcaram esse período. A purgação do cárcere aconteceu de forma paulatina, acompanhando a evolução do pensamento sobre a presunção de inocência.

Assim explica Ferrajoli (2002, p. 443):

A história da detenção cautelar do imputado no transcurso do processo está estritamente conectado com a do princípio da presunção de inocência: na medida e nos limites em que a primeira foi sendo cada vez mais admitida e praticada, seguiram-se de perto os desenvolvimentos teóricos e normativos do segundo. Desse modo, ocorreu que enquanto em Roma, após experiências alternadas, chegou-se a proibir por completo a prisão preventiva, na Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela se tornou o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão *per tormenta* (grifo do autor).

Embora o século XVIII seja conhecido como “século sangrento”, neste período, especialmente na Europa, ganhou força uma crescente oposição à pena de morte, às penas de natureza aflitiva e às péssimas condições do sistema carcerário. O movimento iluminista, seguindo a tendência revolucionária, representado por figuras como Immanuel Kant (1724 - 1804), John Howard (1726 - 1790) Cesare Beccaria (1738 - 1794), Gaetano Filangieri (1753 - 1788), Jeremy Bentham (1748-1832), dentre outros, desenvolveu um novo sistema de prisão com base em princípios morais, integridade física, educação e trabalho, primando-se por cárceres que respeitassem a condição humana dos detentos. A punição, desta feita, passava a ser entendida como uma manifestação estatal em aversão ao crime e não em aversão ao indivíduo. Dissociava-se, portanto, o crime do indivíduo.

O Movimento Iluminista deu início à era das prisões modernas como conhecemos hoje. O devido processo legal – que àquela altura não era nenhuma novidade – ganha força, instituindo-se pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, momento em que a presunção de inocência destaca-se e a prisão passa, novamente, a ser empregada como medida cautelar, mas desta vez, como garantia de justiça, ora impedindo a fuga do acusado, ora impedindo que provas fossem danificadas e perdidas, ou funcionando como garantia da ordem pública, impedindo que acusados continuassem a cometer crimes; modelo semelhante ao utilizado no direito hodierno.

No passo da evolução do sistema prisional e aplicação da pena, o século XIX figura como esteira de aplicação dos conceitos até então desenvolvidos. Os presos, portanto, começam a receber mais cuidados e o conceito de “reabilitação” é introduzido no sistema, sobretudo nos Estados Unidos. Os confinamentos solitários passaram a ser reconsiderados e a atual disciplina prisional começa a tomar forma.

A partir da década de 60 do século XX, tem-se um grande marco na história do sistema prisional: o modelo de cumprimento de pena – estritamente pela privação da liberdade – passa a ser sopesado e as penas alternativas à prisão começam a ser implementadas em certos casos, passando o condenado da condição de encarcerado para a condição de vigiado pelo sistema de execução, rompendo-se, desta maneira, as paredes do cárcere com a implementação das medidas alternativas à prisão.

## **1.2 Prisão no Brasil**

No Brasil, a implementação do sistema penal e prisional acompanha a cadência histórica, com a peculiaridade de termos como direito original o ordenamento jurídico dos nossos colonizadores portugueses, fato que define certo lapso entre o surgimento das teorias penais/prisionais no mundo e sua respectiva institucionalização no Brasil.

No início, não se tinha uma sistemática jurídica organizada, mas sim compêndios de regimentos, concordatas e leis régias que se materializavam como “Ordenações” do rei vigente. Logo, entre 1447 e 1521, ou seja, à época do descobrimento, vigia as “Ordenações Afonsinas”, seguida pelas “Ordenações Manuelinas” (1521 - 1603) e, em sequência, com maior destaque pelo longo período de permanência, as “Ordenações Filipinas”, que foram gradualmente sendo revogadas a partir da nossa independência em 1822 (FARIAS, 2011).

O professor Cleber Masson (2015, p. 135) faz as seguintes observações sobre tais Ordenações:

Marcadas pela fase da vingança pública, todas se orientavam no sentido de uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições, as quais objetivavam infundir o temor pela punição. Além do domínio da pena de morte, eram usadas outras sanções bárbaras e infamantes, como o açoite, a amputação de membros, o confisco de bens, as galés (eram aplicadas como comutação da pena de morte, ou, em grau mínimo, para os crimes de perjuro, pirataria ou de ofensa física irreparável da qual resultasse aleijão ou deformidade). Os punidos pelas galés deviam andar com calceta no pé e

corrente de ferro, além de serem obrigados a trabalhos públicos e ao degredo (consiste na fixação de residência em local determinado pela sentença).

De qualquer sorte, no Brasil, as características e utilização do cárcere, em essência, não diferem das observadas ao longo da história. Em um primeiro instante, a prisão foi utilizada como medida cautelar assecuratória da presença do condenado para aplicação de penas, geralmente cruéis, que objetivavam o flagelo do indivíduo.

Segundo assenta Cruz (*apud* FARIAS, 2011), a intervenção do Príncipe Dom Pedro, em 1821, definiu um importante marco na história da prisão no Brasil. O decreto editado em 23 de maio daquele ano afirmava que “nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, exceto somente o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinquente” (FARIAS, 2011).

As circunstâncias que permeavam as prisões naquela época violavam sua natureza de mecanismo estatal e perfaziam-se em manifestações de cunho subjetivo, muitas vezes atendendo ao arbítrio dos encarregados de manejar o aparelho jurídico do Estado. Este panorama influenciou sobremaneira a edição do citado decreto.

Cruz (*apud* FARIAS, 2011) afirma que:

[...] alguns governadores, juízes criminais, magistrados, violando o sagrado depósito da jurisdição que se lhes confiou, mandam prender por mero arbítrio, e antes de culpa formada, pretextando denúncias em segredo, suspeitas veementes e outros motivos horrorosos à humanidade, para impunemente conservar em masmorras, vergados com o peso de ferros, homens que se congregam pelos bens que lhes oferecera a instituição das sociedades civis, o primeiro dos quais é, sem dúvida, a segurança individual para eliminar e evitar os abusos sofridos pela sociedade pelos operadores do Direito da época.

Com a evolução histórica da disciplina penal, o cárcere passa a ser entendido como meio de punição ante à restrição da liberdade, sendo a prisão provisória de natureza cautelar e excepcional – assim como hoje observada –, apenas implementada no texto do Código Penal de 1941, com o objetivo de resguardar o bom andamento do processo e a eficácia prática da sentença.

Nesse contexto é adequado assentar o quadro atual do Sistema Prisional Brasileiro. Infelizmente, suas características mais marcantes são, ao longo de anos,

a superlotação e a degradante situação que acompanha o sistema. Ainda hoje, em regra, as dependências prisionais – sejam celas de delegacias ou grandes complexos penitenciários – encontram-se superlotadas e oferecem péssimas condições de vida e de higiene.

Os presos não são separados pela gravidade dos delitos que cometem, apesar da determinação legal em contrário, e permanecem armazenados em face da sistemática doméstica de cada estabelecimento. Talvez, em consequência deste panorama, a propalada reabilitação do preso não é alcançada e, em muitos casos, os relatos que se ouvem remetem às prisões europeias do século XVIII.

Embora o consenso no meio jurídico/científico deseje a separação dos presos em função de determinados critérios objetivos, e a legislação tenha incorporado o comando de se promover tal separação, o que se assiste nos estabelecimentos prisionais do país é à alocação dos indivíduos sem a observância de quaisquer critérios de ordem técnica, em face da impossibilidade física de se fazê-lo.

Portanto, quando se determina a prisão preventiva de uma pessoa no Brasil, estar-se-á submetendo-a às mesmas condições de um condenado, com duas diferenças importantes: o condenado teve sua culpa formada e sabe o dia que sairá da prisão, o preso preventivo não.

## 2 Prisão Preventiva

Prevê o Código de Processo Penal que a prisão preventiva 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. Tem-se, portanto, a tutela da sociedade em garantia de aplicação da pena.

### 2.1 Conceito

Ao passo do empirismo, a ciência jurídica concluiu que a segregação social deve funcionar como instrumento punitivo ou como garantia da livre persecução penal, consubstanciando-se, respectivamente, tais mecanismos, na prisão de caráter definitivo – ocorrida após o julgamento – e nas prisões cautelares, destacadamente, a prisão preventiva, ocorrida em qualquer fase da *persecutio criminis*. Passaremos a analisar com mais profundidade a modalidade prisão preventiva.

A doutrina se desdobra em sugerir conceitos garantidores da plena definição da prisão preventiva. Sobressai-se o conceito trazido pelo professor Renato Brasileiro pela completude de sua exposição.

Segundo a definição do professor Renato Brasileiro (2017, p. 956):

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319).

O professor Norberto Avena (2017, p. 972) explica, afirmando que a prisão preventiva é “modalidade de segregação provisória, decretada judicialmente, desde que concorram os pressupostos que a autorizam e as hipóteses que a admitem”.

As concepções doutrinárias se renovam, mas em linhas gerais, destacam, sobretudo, a origem da deliberação, que deve ser judicial, a natureza transitória da prisão cautelar – apesar de indefinir-se no tempo – e a necessidade de demonstração dos seus amplos pressupostos.

De forma ampliativa, a doutrina aponta características que são demarcadoras das medidas cautelares, listadas como elementares do instituto prisão preventiva. São elas a Jurisdicionalidade, Provisoriedade, Revogabilidade, Excepcionalidade e Substitutividade. Torna-se especialmente didática a análise de tal classificação, pois evidencia a essência efêmera da prisão preventiva em absoluto contraste com sua indefinição temporal. Neste sentido, as palavras do professor Norberto Avena são esclarecedoras e delas faremos uso para a designação de cada atributo considerado.

Conforme Avena (2017, p. 603), a Jurisdicionalidade advém do fato de que as medidas cautelares devem ser impostas pelo Poder Judiciário, sendo exceção a esta regra o disposto no art. 322 do CPP, que possibilita à autoridade policial arbitrar fiança nos crimes cuja pena máxima não seja superior a quatro anos de prisão. É importante atentar para o fato de que, conforme o art. 319, VIII, do CPP, a fiança também possui natureza de medida cautelar.

A Provisoriedade emana da interpretação do art. 282, I, do CPP, pois a aplicação das medidas cautelares norteia-se pela necessidade. Inere-se, portanto, que devem elas vigorar apenas enquanto perdurar a situação de urgência que justificou sua decretação.

Por sua vez, a Revogabilidade é consequência lógica da provisoriedade, consubstanciada no art. 282, § 5.º, do CPP, ao dispor que o juiz poderá revogar a medida cautelar quando verificar a falta de motivo para que ela subsista. Em se tratando das medidas cautelares de natureza pessoal, sua decretação está condicionada à análise dos princípios da “necessidade” e “adequação” consagrados no art. 282, I e II do CPP, e dos requisitos das cautelares em geral, identificados no *periculum in mora* e no *fumus boni iuris*.

No que diz respeito à Excepcionalidade, esta característica ressalta que as medidas cautelares devem ser aplicadas, somente, em casos emergenciais. Avena (2017, p. 604) ainda detalha que:

Especificamente em relação à prisão preventiva, o atributo da *excepcionalidade* deve ser visto sob dois ângulos: *excepcionalidade geral*, significando que, assim como as demais cautelares, deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação; e, ainda, *excepcionalidade restrita*, isto é, aquela relacionada a sua

supletividade diante das demais providências cautelares diversas da prisão, em face do que dispõe o art. 282, § 6.º, no sentido de que “a prisão preventiva será determinada (apenas) quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

Ainda da interpretação do art. 282, § 4.º, a Substitutividade diz respeito à possibilidade de o juiz comutar a medida cautelar imposta por outra que julgar mais adequada ao fato, podendo, no caso de descumprimento de dada medida, substituí-la por outra mais restritiva. Tal fenômeno pode ocorrer na decretação da prisão preventiva por descumprimento de qualquer uma das providências aplicadas, por exemplo. O § 5.º do mesmo dispositivo autoriza ao juiz substituir a medida cautelar imposta quando verificar a falta de motivo para que subsista a providência cautelar antes aplicada.

Ressalte-se que, a despeito dos atributos ora destacados, que evidenciam o caráter passageiro da prisão preventiva, o legislador brasileiro não se preocupou em definir marcos temporais à sua duração. De igual modo, o judiciário, em regra, não executa mecanismos de verificação da permanência da situação de urgência que justificou sua decretação, indefinindo-se, no tempo, a cautelaridade.

## **2.2 Lastro jurídico da prisão preventiva**

### **2.2.1 Previsão constitucional**

O direito à liberdade é garantia fundamental elencada no caput do art. 5º da Constituição Brasileira. Portanto, excepcionar tal direito há de ser, de igual modo, tarefa constitucional.

A regra geral para a prisão está prevista no inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal (CF). Parte do dispositivo refere-se exatamente à possibilidade da prisão cautelar, *in verbis*: “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” (grifo nosso).

Tendo sede constitucional, admite-se a *prisão processual* como exceção ao direito de liberdade, sem falar, contudo, em violação ao princípio da presunção de inocência – desde que presentes os motivos autorizadores e os requisitos legais: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Para a conclusão sobre a necessidade ou não da prisão cautelar, tais requisitos legais passam por

uma análise precária e eminentemente subjetiva; distinção que muitas vezes põe em dúvida a observância ao princípio da presunção de inocência.

O texto constitucional em seu art. 93, IX, traz, ainda, a norma que determina a necessária fundamentação de todas as decisões judiciais. A saber:

Art. 93 - IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (grifo nosso).

Desta feita, a tese que sacramenta a prisão cautelar deve demonstrar as causas específicas atinentes ao caso, que motivaram a decisão cerceadora da liberdade. Inadmissível, em vista disso, a simples reprodução de termos legais, sob pena de declarar-se a nulidade do ato judicial.

Por fim, cabe destacar que o próprio Código de Processo Penal (CPP), em seu art. 315, traz dispositivo com norma idêntica, enfatizando a necessidade de demonstração da motivação para a determinação da cautelar: “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”.

Um passo adiante, falaremos um pouco sobre as alterações promovidas no contexto das medidas cautelares, trazidas pela Lei 12.403/2011, sobretudo em relação às prisões preventivas.

### **2.2.2 A Lei 12.403/2011**

A edição da Lei 12.403/2011 – que provocou alterações no texto do Código de Processo Penal – veio com o objetivo de ajustar o sistema processual penal às exigências constitucionais referentes à prisão e à liberdade provisória, modernizando a legislação, a exemplo do que já acontecia em países como Portugal e Itália.

Nesse desiderato, e sobretudo com olhares voltados ao caótico e superlotado sistema prisional brasileiro, buscaram-se alternativas ao encarceramento provisório, apresentando-se ao Estado-juiz uma nova gama de possibilidades a serem impostas no curso da persecução penal.

Antes das alterações promovidas, o agente alternava entre a prisão provisória e a liberdade, únicas possibilidades previstas. Com o advento da Lei 12.403/2011, foi concebido um “estágio intermediário”, no qual o agente se submete

às medidas cautelares diversas da prisão, elencadas nos arts. 319 e 320 do CPP.

Especificamente em referência à prisão preventiva, o texto legal regulou sua excepcionalidade. Acrescentou o § 6º ao art. 282 do CPP, cuja redação preconiza que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”, impondo claro condicionamento à larga utilização das prisões preventivas pelo judiciário até então.

Ainda, o novo texto trouxe modificações no rol de infrações que admitem a prisão preventiva, listadas no art. 313 do CPP:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se 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;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Interessante a assertiva do professor Eugênio Pacelli quanto às hipóteses não contempladas por medidas cautelares mesmo que, em tais hipóteses, sua implementação pareça necessária. Segundo Pacelli, o legislador agiu com prudência, inibindo a possibilidade de medidas cautelares que pudessem trazer efeitos mais danosos do que as eventuais penas impostas ao fim do processo.

Nas palavras de Pacelli (2017, p. 244):

Há, porém, hipótese em que não se admitirá a imposição de qualquer medida cautelar, independentemente de se mostrar necessária a providência. Trata-se da proibição de sua imposição nos casos em que não for cominada pena privativa da liberdade para a infração penal em apuração ou já sob processo (art. 283, § 1º, CPP). O legislador, no caso, foi prudente, evitando a aplicação de medidas cautelares superiores aos resultados finais do processo, na hipótese de condenação, orientando-se, pois, pela proporcionalidade nas restrições de direitos.

Entretanto, a mesma prudência não foi observada na postura legislativa quanto à delimitação temporal da medida cautelar – prisão preventiva. A ausência de marco final, ou de qualquer mecanismo de revisão da medida, muitas vezes impõe um tempo de segregação ao acusado maior do que aquele eventualmente atribuído

em sentença. Dentro desse contexto, a restrição de direitos não é somente desproporcional, mas ilegal.

Mais uma alteração posta pela Lei 12.403/2011 viabilizou a prisão domiciliar, que se constitui em prisão preventiva cumprida na residência do acusado. Carece de certas excepcionalidades para sua autorização, como ser o agente maior de 80 anos, ou debilitado por doença grave, ou gestante, dentre outros casos.

Outra “inovação” trazida pelo novo texto normativo foi a obrigatoriedade de separação entre os presos provisórios e presos definitivos do sistema. O art. 300 do CPP afirma que “as pessoas presas provisoriamente *ficarão separadas* das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal” (grifo nosso). A norma que vigia anteriormente, esculpida no antigo art. 300 do CPP, facultava a separação quando afirmava que, “*sempre que possível*, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas” (grifo nosso).

Observa-se que a norma anterior guardava maior afinidade com a realidade, já que se sabe que o sistema prisional não dispõe de número de vagas nem de estrutura suficientes para a aplicação da norma atual. O Estado impôs a regra cogente, entretanto não atualizou a composição prisional, como se a mera alteração do texto normativo fosse suficiente para materializar a *mens legis*. O que acontece, de fato, é que os presos continuam sendo alocados de acordo com a conformidade de cada estabelecimento prisional.

### **2.2.3 Requisitos à decretação da prisão preventiva**

Para a imposição de qualquer uma das medidas cautelares, o juiz há de demonstrar presentes dois requisitos essenciais, próprios dos atos acautelatórios: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, tratados, respectivamente, como *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis* no contexto da prisão preventiva.

O *fumus comissi delicti* é derivação da determinação do art. 312 do CPP, quando exige a demonstração de *indícios suficientes de autoria* e *prova da existência do crime*. Consiste em um juízo de cognição sumária, atribuindo a determinada pessoa a prática do crime em apuração. Não se exigem provas definitivas dos elementos, já que se trata de uma avaliação situada no campo da probabilidade, evidenciando-se a urgência da medida adotada.

O texto do art. 312 traz, ainda, a regra matriz de definição do segundo requisito – o *periculum libertatis* –, quando determina que a prisão preventiva será decretada para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

A natural demora do processo principal pode ensejar a perda da tutela pleiteada, tornando a prestação jurisdicional inócua. Portanto, para que não se coloque em risco a possibilidade de aplicação da eventual pena atribuída ao crime, resguarda-se o curso do processo. Resguarda-se, de igual modo, a segurança social, caso se verifique que a liberdade plena do causado possa ensejar a reiteração ou a prática de novos crimes.

Sobre os elementos definidores do requisito *periculum libertatis*, quais sejam: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal, reside a maior carga de subjetividade na análise para determinação da medida cautelar – prisão preventiva.

Por isso, a decisão que determina a segregação acautelatória deve encontrar vigoroso lastro, cuja demonstração terá sede em tais elementos. Observe-se que não se faz necessária a presença cumulativa dos quatro fundamentos, a presença de apenas um deles já supre a lacuna do *periculum libertatis*. Todavia, a fundamentação em mais de um dos elementos garante maior legitimidade à decretação da prisão.

Passemos a analisar cada um deles sob o ponto de vista doutrinário.

### **2.2.3.1 Fundamentos à decretação da prisão preventiva**

#### **a. Garantia da Ordem Pública**

A garantia da ordem pública talvez seja o mais criticado dos fundamentos ensejadores da prisão preventiva, sobremaneira pela sua indefinição conceitual. Via de regra, é utilizado para justificar a segregação dos agentes que provocam maior tensão social, seja pela natureza do crime em apuração, seja pela incerteza sobre a reiteração delitiva, características que, segundo a doutrina, não correspondem à verdadeira finalidade da prisão preventiva, que é resguardar o bom andamento do processo e garantir a eficácia prática da sentença, transmutando a prisão processual em prisão penal.

Neste sentido, acrescenta o professor Eugênio Pacelli (2017, p. 264):

Percebe-se, de imediato, que a prisão para garantia de ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social.

Sobre a repercussão social provocada pelo crime – definida como “intranquilidade social” por Pacelli, Norberto Avena (2017, p. 669) destaca as palavras do professor Guilherme de Souza Nucci, para quem tal elemento não deve ser utilizado como parâmetro exclusivo para a emissão do decreto prisional, prática comumente encontrada na jurisprudência, mas há de se estabelecer um exercício de ponderação cumulativa sobre a gravidade da infração e a repercussão social, posicionamento este encampado pelo professor Avena (2017, p. 669):

Neste mesmo prisma, Guilherme de Souza Nucci, aduzindo, quanto à garantia da ordem pública, que *entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo binômio gravidade da infração + repercussão social* (grifo do autor).

Todavia, apesar das críticas da doutrina, o critério “garantia da ordem pública” é, muitas vezes, o único adotado para o embasamento da decretação da prisão processual. Veja-se que tal critério não se presta a legitimar uma prisão preventiva, se for considerada a sua concepção inicial de proteção ao processo. Argumentações construídas sobre repercussão social, ou gravidade do delito não justificam a proteção da composição do processo, pois não se relacionam com a produção da prova ou eficácia de aplicação da lei.

#### **b. Garantia da Ordem Econômica**

Não menos criticado que o elemento “garantia da ordem pública”, a “garantia da ordem econômica” é interpretada como mera mutação do fundamento anteriormente tratado. “Na realidade, trata-se de uma variável da garantia da ordem pública, apenas um pouco mais específica do que esta, sendo relacionada a uma determinada categoria de crimes (...)” (Avena, 2017, p. 670).

Renato Brasileiro Lima (2017, p. 969) assim conceitua o fundamento da garantia da ordem econômica:

O conceito de garantia da ordem econômica assemelha-se ao de garantia da ordem pública, porém relacionado a crimes contra a ordem econômica, ou seja, possibilita a prisão do agente caso haja risco de reiteração delituosa 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).

Existia certa celeuma doutrinária e jurisprudencial sobre se o volume do prejuízo causado seria critério suficiente para decretação da preventiva, já que estar-se-ia tratando de crimes contra o sistema financeiro nacional, ou seja, se a magnitude da lesão causada seria fundamento suficiente e autônomo para a decretação da prisão preventiva.

Entretanto, sobre esta possibilidade, o STF, em várias oportunidades, se manifestou no sentido de que, autonomamente, tal critério não seria satisfatório à determinação da cautelar, mas sim, necessitaria de algum dos motivos clássicos elencados no art. 312 do CCP, muito especialmente o “risco de reiteração da conduta”; conclusão que reforça a crítica doutrinária de que a garantia da ordem econômica nada mais é do que uma especificidade da garantia da ordem pública.

Norberto Avena (2017, p. 670) destaca as palavras do Supremo:

O vulto da lesão estimada, por si só, não constitui fundamento cautelar válido. No entanto, é pertinente conjugar a magnitude da lesão e a habitualidade criminosa, desde que ligadas a fatos concretos que demonstrem o “risco sistêmico” à ordem pública ou econômica, ou à necessidade da prisão para impedir a continuidade delitiva.

Portanto, segundo a suprema corte, o volume do prejuízo pode ser utilizado como um dos critérios definidores do decreto preventivo, característica que tem o potencial de demonstrar o que o STF chamou de “risco sistêmico”, embora, isoladamente, não se preste a justificar a prisão cautelar.

### **c. Conveniência da Instrução Criminal**

Este elemento é reconhecido como verdadeiro fundamento ensejador da prisão processual, tendo em vista seu direcionamento para a instrução criminal e para a tutela do processo. Deve ser invocado quando o regular andamento processual passar por quaisquer transtornos ou riscos de plena formação em virtude da atuação – fora dos limites legais – do agente investigado. Tutela especialmente a produção de provas, que podem ser destruídas ou não produzidas pela atuação do agente, em função de ameaças ou tentativas de corrupção de testemunhas, peritos

ou qualquer um dos personagens envolvidos no processo.

A doutrina tece críticas quanto ao termo “conveniência” da instrução criminal, já que a conduta ensejadora deste fundamento de decretação da prisão preventiva impõe sua utilização, não restando juízo de conveniência por parte do órgão julgador.

Didáticas são as palavras de Avena (2017, p. 671):

A despeito da terminologia empregada no dispositivo, essa medida não pode ser decretada apenas por se revelar *proveitosa* ou *vantajosa* à instrução, como sugere a interpretação literal da palavra “conveniência”. É preciso que haja uma conotação de imprescindibilidade da segregação do agente para que a instrução criminal se desenvolva regularmente. Neste ponto, aliás, poderia o legislador ter aproveitado o ensejo das reformas determinadas pela Lei 12.403/2011 para modificar a semântica do art. 312, alterando o motivo da prisão preventiva de *conveniência da instrução criminal* para *exigência da instrução criminal*, pois, afinal de contas, é isto o que se impõe, e não um mero juízo de utilidade da prisão para o processo (grifo do autor).

Destaca-se que, caso a preventiva seja decretada unicamente com base neste fundamento, finalizada a instrução processual, a prisão deve ser imediatamente revogada, uma vez inexistentes as causas que serviram de apoio para o decreto prisional.

#### **d. Garantia de Aplicação da Lei Penal**

A garantia da aplicação da lei penal foi o fundamento ensejador histórico da prisão cautelar. Este era, na origem do manejo penal pela humanidade, o motivo que autorizava a segregação dos acusados. Sua presença coercitiva garantia a aplicação das penas posteriormente impostas.

Neste mesmo contexto encontra-se a garantia da aplicação da lei penal no direito moderno, obviamente, com a diferença de interpretação hoje dada à prisão processual, que lhe confere um caráter excepcional, em face, principalmente, do princípio da presunção de inocência. Todavia, é fundamento que justifica o decreto prisional na desconfiança de fuga do agente o que impediria, por consequência, a execução da pena determinada em sentença condenatória.

Há de se destacar que o receio de fuga do acusado não deve se pautar, exclusivamente, em exercícios dedutivos realizados pelo Estado-juiz ante à condição econômica favorável do investigado, por exemplo. A possibilidade de ausentar-se do distrito da culpa deve ser demonstrada, pela acusação, com base em fatos

concretos, ainda que indiciários, cujo significado jurídico deve ser atribuído pelo juiz, decretando a prisão ou indeferindo o pedido.

Neste sentido, de acordo com Avena (2017, p. 671),

Veja-se que a prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação. Neste contexto, se motivada na *garantia de aplicação da lei penal*, não pode ser resultado de ilações abstratas no sentido de uma possível fuga do imputado, sendo necessária a demonstração da sua real intenção de se furtar à persecução criminal do Estado, obstaculizando, assim, a aplicação da lei penal (grifo do autor).

Depois desta breve exposição sobre a medida cautelar – prisão preventiva –, na qual foram destacados seus principais aspectos históricos e legais, passaremos a analisar a duração da custódia, norte primeiro deste trabalho.

### 3 Prazo de Duração da Prisão Preventiva

A indefinição temporal para o acautelamento preventivo é, sem dúvidas, um dos grandes vazios do ordenamento jurídico brasileiro. A ausência de marcos objetivos, e/ou de mecanismos, que permitam a verificação periódica da manutenção das circunstâncias ensejadoras da preventiva, acaba omitindo a provisoriedade da medida cautelar que, em certos casos, passa a configurar verdadeira antecipação de pena.

#### 3.1 A ausência de prazo e seus efeitos

A legislação processual penal brasileira não vinculou a prisão preventiva a termos finais práticos. Limitou-se, no art. 316 do CCP, a autorizar a revogação da custódia cautelar, caso o juiz constate a ausência dos motivos justificadores da medida: “O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

Por outro lado, a lei não definiu as balizas de tal “verificação” por parte do juiz. Não há dispositivo legal qualquer que oriente o juízo a uma análise recorrente, cuja prática evidencie a falta de motivos que deem substância à manutenção da medida cautelar. Decerto, o legislador, ao editar o art. 316, idealizou a atuação da defesa constituída para provocar a verificação judicial, ou idealizou a atuação *ex officio* do judiciário ao manejar o processo e flagrar a ocorrência da revogação.

Fato é que, a constatação da alteração dos pressupostos que serviram de base à decisão não funciona como um marco definidor temporal concreto da prisão preventiva, porque seu caráter é eventual. Ademais, sequer funciona como um mecanismo de reexame, pois, além de fortuita, sua aplicação acontece de forma aleatória no tempo, obedecendo à sistemática doméstica de cada vara penal.

Sobre a questão da extensão da prisão preventiva, a doutrina brasileira discute o imperativo de se obedecer aos mandamentos constitucionais, sobretudo neste aspecto, ao princípio da duração razoável do processo, esculpido no inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal, *in verbis*: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a duração razoável do processo e os meios que garantam a sua tramitação”. Seguindo esta linha de raciocínio, quanto mais célere

se derem as fases inquisitorial e acusatória da *persecutio criminis*, mais rapidamente se formará, ou não, a culpa do acusado.

Desta feita, nos casos de condenação, a prisão-pena deve ser imposta e não mais necessária se faz a prisão preventiva. Nas hipóteses de absolvição, a liberdade deve ser conferida e o indivíduo volta ao domínio amplo de presunção de inocência. Sobre esta base conceitual se fundamenta a existência de um outro princípio constitucional, implícito, o princípio da “duração razoável da prisão cautelar”, defendido pelo professor Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 91):

Em decorrência de modernas posições doutrinárias e jurisprudenciais, emerge outro princípio constitucional, embora implícito, dentre as garantias fundamentais: a *duração razoável da prisão cautelar*. Observa-se, como fruto natural dos princípios constitucionais explícitos da presunção de inocência, da economia processual e da estrita legalidade da prisão cautelar, ser necessário consagrar, com *status* constitucional, a meta de que ninguém poderá ficar preso, provisoriamente, por prazo mais extenso do que for absolutamente imprescindível para o escorreito desfecho do processo (grifo nosso).

A análise da razoabilidade também tem sido a posição adotada pelas cortes superiores do país, quando suscitado o chamado “excesso de prazo” em prisões preventivas. Argumentam o STF e o STJ que há de se conceber um “juízo de razoabilidade” para o reconhecimento da imoderação na aplicação da preventiva.

Norberto Avena (2017, p. 683) explica que:

De acordo com a posição sufragada no STF e no STJ, o prazo para conclusão da instrução criminal sujeita-se a *um juízo de razoabilidade*, que pode ser definido como o senso jurídico comum segundo o qual não se considera ocorrente excesso de prazo na custódia quando a demora na marcha processual mostrar-se justificada.

A evocação do princípio da razoabilidade tem sido a saída do jurista brasileiro, quando da necessidade de reconhecer o descomedimento de uma prisão preventiva em face da lentidão do curso do processo. Este abuso tem sido denotado pela expressão “excesso de prazo”, o que, de certa forma, evidencia uma impropriedade técnica, já que a inexistência de prazo para a medida proíbe o reconhecimento de seu excesso.

Apesar do esforço jurídico/doutrinário em si avultar que a prisão preventiva deve durar o estritamente necessário à plena instrução processual criminal – que seria o molde da razoabilidade –, o que se tem observado na prática, em regra, é a decretação de prisões preventivas que se indeterminam no tempo e resultam, até

mesmo, em períodos de internação maiores do que estabeleceriam as eventuais penas impostas em sentenças condenatórias, circunstância que afronta a propalada razoabilidade.

Sobre este aspecto, o professor Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 92) afirma que:

A prática forense evidencia a ocorrência de prisões preventivas que chegam a atingir vários anos, apontando para a insensatez, ainda que se possa agir em nome da segurança pública. Cabe ao Judiciário adiantar o andamento do feito, sem permitir a ruptura de direitos fundamentais (como a ampla defesa), mas proporcionando a duração razoável da prisão cautelar.

Não raras vezes, são revelados casos em que indivíduos permanecem anos em reclusão sem julgamento, principalmente nas situações em que os acusados são assistidos por defesas deficitárias. O risco de se ultrapassar a justa medida punitiva é notório. O risco de se manter um inocente preso é intolerável.

Neste sentido, Ferrajoli (2002, p. 441), ao citar Lauzé di Peret, assevera que “basta ao corpo social que os culpados sejam *geralmente* punidos, pois é seu maior interesse que todos os inocentes *sem exceção* sejam protegidos” (grifo do autor).

Especialmente nas hipóteses prevista no inciso III, do art. 313, do CPP – violência no âmbito doméstico – cuja determinação da preventiva prescinde a análise da pena em abstrato, o prolongamento da prisão preventiva pode extrapolar o tempo de uma pena eventualmente imposta.

Imagine-se, por exemplo, a decretação da preventiva de um indivíduo acusado do cometimento do crime tipificado no *caput* do art. 129 do Código Penal – lesão corporal –, para o qual é definida pena de detenção máxima de 1 ano. Tendo-se em mente o compasso da persecução penal no Brasil, é possível perceber que a possibilidade deste indivíduo hipotético permanecer mais tempo recluso do que a pretensão de justiça reclama é visível.

Os próprios dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ no relatório sobre o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0 – confirmam esta possibilidade. Segundo os números do relatório, até agosto de 2018, mês da divulgação, o Brasil contava com 241.090 presos provisórios, destes, 69.217 encontravam-se encarcerados preventivamente a mais de 180 dias (CNJ, 2018).

O relatório apresenta este dado em um tópico onde pretende destacar o

“tempo médio de prisão sem condenação” no país. Entretanto, não é o que de fato é apresentado no tópico do relatório recentemente divulgado. A metodologia escolhida para a apresentação do “tempo médio de prisão sem condenação” estabeleceu o marco temporal de 180 dias para separar aqueles que permaneciam encarcerados além e aquém deste limite. Ou seja, não se divulgou o tempo médio que um indivíduo passa preso sem condenação nos estabelecimentos prisionais no país, apenas separou-se os indivíduos em dois grupos: os que estão presos preventivamente a mais e a menos de 180 dias.

Por outro lado, em relatório divulgado no ano de 2017, o CNJ contabilizou a marca de 368 dias como tempo médio de prisão processual no país, apresentando casos alarmantes, como no estado de Pernambuco, onde o período médio de prisão preventiva chegou à marca de 974 dias (CNJ, 2017).

O estudo de 2018 traz, ainda, informações que revelam o número de 171.873 pessoas – o que equivale a 71,29% do total – presas preventivamente a menos de 180 dias, dado que, a princípio, parece eufêmico. Porém, é sensato imaginar que parte significativa desta parcela carcerária romperá a marca dos 180 dias e, por força da ausência de termo final para a medida cautelar, permanecerá segregada indefinidamente, contribuindo para as estatísticas de superlotação do sistema prisional brasileiro, que hoje amarga a taxa de ocupação de 175%, segundo dados de 2018 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP (CNMP, 2019).

Esta, talvez, seja uma das principais causas da superlotação dos estabelecimentos prisionais do país. Se não é a causa determinante, certamente figura entre as que mais contribuem para o quadro. As informações trazidas pelo relatório BNMP 2.0/CNJ revelam uma massa carcerária que se mantém custodiada sem condenação equivalente a 40,14% do total de 600.669 presos.

Considerando a divisão promovida pelo novo relatório, que compreende “presos condenados em execução definitiva” – 24,72%, “presos condenados em execução provisória” – 35,15% e “presos sem condenação”, a maior parcela é, justamente, esta última; a que contempla os indivíduos que aguardam a realização do primeiro julgamento.

Esse número põe em questão o caráter excepcional da prisão preventiva. Ora, se a maior parcela de reclusos do sistema é de “presos sem condenação”, esta

prática não pode ser caracterizada como excepcional, mas sim como frequente. Não parece “razoável” que a maior quantidade de indivíduos inseridos em um sistema prisional lá esteja sem culpa formada. Se os mandamentos constitucionais estivessem sendo, de fato, respeitados, esperar-se-ia que o maior montante de indivíduos segregados fosse o de condenados.

Estas distorções poderiam ser mitigadas caso o estado brasileiro dispusesse de mecanismos objetivos incumbidos de impor limites conhecidos ao encarceramento provisório. A mansidão estatal, frente às consequências que a ausência de limitação à prisão processual traz, revela verdadeiro despreço do Estado pela vida dos indivíduos mantidos sob custódia.

O professor Renato Brasileiro Lima traz mais uma ilustração, em sua obra “Manual de Processo Penal”, sobre as consequências da indefinição temporal da prisão preventiva. Todavia, o episódio agora exposto não configura uma hipótese, como o exemplo anteriormente apresentado, mas se trata de caso fático divulgado pela Folha de São Paulo no ano de 2009.

Assim exemplifica Renato Brasileiro Lima (2017, p. 981):

Segundo notícia divulgada pelo site da Folha de São Paulo em 26 de julho de 2009, o Conselho Nacional de Justiça teria descoberto o que considerava ser, à época, um dos casos mais graves da história do Judiciário no país: o lavrador V. R. A., com 42 anos, teria passado quase 11 (onze) anos preso no Espírito Santo sem nunca ter sido julgado. Acusado de ter praticado um homicídio em 1998, V. R. A. teria passado por quatro presídios e não teve direito de sair da prisão nem mesmo para o enterro da mãe, em 2007. O lamentável caso confirma um dos maiores problemas da prisão preventiva no ordenamento pátrio: sua indeterminação temporal.

Em novembro de 2014, o Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça – Depen/MJ, juntamente com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea, divulgaram um estudo intitulado “A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas” (IPEA, 2014), que objetivou a compilação de dados sobre a justiça criminal e aplicação de alternativas à prisão no país.

Dentre os dados apresentados, um deles tem pertinência direta com o tema tratado neste trabalho. O estudo apontou que, em 37,2% dos casos pesquisados em que há encarceramento provisório, os acusados não são condenados à prisão ao final do processo. Trazendo este percentual para os números mais recentes, significa dizer que 89.686 pessoas que hoje estão presas preventivamente, por

diversas razões, não serão condenadas à prisão ao término processual. Muitas delas permanecerão submetidas à internação preventiva por um tempo superior ao que ficariam em caso de condenação. Para esta constatação, bastaria contabilizar os casos em que a absolvição se dará por prescrição da pretensão punitiva, por exemplo.

É, portanto, notória a necessidade de se estabelecer prazos para a prisão preventiva no Brasil. Por mais que se enalteça o imperativo de um processo célere, e que se busque um juízo de razoabilidade para definição de marcos finais à prisão processual, a experiência prática tem demonstrado que tais comandos abstratos não têm encontrado espaço para garantir um período legítimo de custódia preventiva. Faz-se imprescindível que se estabeleçam limites objetivos, prazos práticos, com caráter prescricional, que definam cabalmente o término da custódia “excepcional”, para que se implementem rotinas bem definidas capazes de materializar os mandamentos constitucionais.

Visitando a legislação de outros países, foi possível observar como a custódia preventiva é tratada no contexto dos seus modelos de persecução penal. A preocupação com a duração da prisão processual é, em muitos casos, consubstanciada com a definição dos prazos na legislação. Destacamos as rotinas processuais de Portugal, Reino Unido e Itália, por suas relevâncias sobre a construção do ordenamento jurídico brasileiro.

### **3.2. Prazos nas legislações estrangeiras**

Embora as diversas ordens jurídicas sejam fundamentadas nas características próprias de cada país, como história, cultura, economia, dentre outras, certos princípios e pressupostos são universais no âmbito da convivência humana e, por esta razão, regem a disciplina do direito. A dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência, o devido processo legal e a duração razoável do processo são conceitos abstratos que permeiam a questão da prisão preventiva em todas as disposições jurídicas.

O tratamento dispensado ao encarceramento preventivo nos ordenamentos jurídicos de Portugal, Reino Unido e Itália revela maior atenção à observância desses princípios. A determinação de prazos em suas respectivas legislações processuais penais impõe limites objetivos à permanência dos custodiados

provisórios no sistema, permitindo que se estabeleça um domínio mais eficiente sobre as prisões.

Interessante notar que os índices de custodiados preventivos nos aparelhos prisionais dos países estudados são significativamente menores do que o índice observado no Brasil. Esse dado revela que um controle mais prático da permanência dos encarcerados provisórios culmina, efetivamente, na redução do número de indivíduos no sistema e, conseqüentemente, dos quadros de superlotação.

As metodologias adotadas nas legislações estrangeiras visitadas seguem parâmetros que correlacionam a natureza do crime praticado – que remete à uma pena mais ou menos grave –, a fase processual e a instância de apreciação da causa, sendo admitidas prisões preventivas mais longas quanto mais alto o grau de julgamento. Tais parâmetros não se encontram simultaneamente presentes nas três legislações pesquisadas, mas são, em maior ou menor medida, os critérios que serviram de referência para a elaboração das respectivas leis.

Passemos a analisar as principais características relativas aos prazos de permanência dos indivíduos em cada sistemática de persecução penal analisada.

### **3.3. A custódia cautelar nas legislações de Portugal, Reino Unido e Itália**

#### **3.3.1 Portugal**

A análise dos prazos para a prisão preventiva no ordenamento jurídico português torna-se especialmente relevante pela herança jurídica e cultural recebida dos lusitanos pelo Brasil. Nossos colonizadores foram fonte primária do direito. Até que se estabelecesse o primeiro grande marco jurídico brasileiro, com a constituição de 1824, passaram-se 324 anos de ordenações portuguesas, definindo as bases jurídicas brasileiras. A despeito da definição de balizas para a custódia cautelar, o ordenamento lusitano evoluiu no sentido de estabelecer seus parâmetros de aplicação e marcos temporais.

Sobre a legislação, de início cabe destacar que o direito português difere detenção de prisão. Para Portugal, detenção implica no tempo em que o indivíduo fica custodiado pela polícia, cujo período não deve exceder 48 horas. Após a captura policial, o acusado deve ser apresentado ao “Juiz de Instrução”, que definirá sobre sua libertação ou necessidade de prisão preventiva.

A contagem do prazo prescricional da prisão preventiva tem início no momento da sua decretação. Como regra geral, a legislação portuguesa considera, para a definição dos marcos interruptivos da prisão preventiva, as fases do processo.

O artigo 215 do Código de Processo Penal português (PORTUGAL, s/d) traz os prazos e respectivos marcos interruptivos, *in verbis*:

- 1 - A prisão preventiva extingue-se quando, desde o seu início, tiverem decorrido:
- a) Seis meses sem que tenha sido deduzida acusação;
  - b) Dez meses sem que, havendo lugar a instrução, tenha sido proferida decisão instrutória;
  - c) Dezoito meses sem que tenha havido condenação em primeira instância;
  - d) Dois anos sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado.

Ainda, os prazos são ampliados em função da natureza de determinados crimes, da complexidade da causa e do grau de recurso, podendo chegar, em abstrato, a 4 anos e 6 meses de duração máxima, na hipótese de recurso ao “Tribunal Constitucional”.

Continua o art. 215 em seus parágrafos seguintes:

- 2 - Os prazos referidos no número anterior são elevados, respectivamente, para oito meses, um ano, dois anos e 30 meses quando se proceder por um dos crimes referidos no artigo 209.º
- 3 - Os prazos referidos no n.º 1 são elevados respectivamente para doze meses, dezesseis meses, três anos e quatro anos quando o procedimento for por um dos crimes referidos no artigo 209.º e se revelar de excepcional complexidade, devido, nomeadamente, ao número de arguidos ou de ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime.
- 4 - Os prazos referidos nas alíneas c) e d) do n.º 1, bem como os correspondentemente referidos nos n.os 2 e 3, são acrescentados de seis meses se tiver havido recurso para o Tribunal Constitucional ou se o processo penal tiver sido suspenso para julgamento em outro tribunal de questão prejudicial.

A legislação portuguesa prevê, no art. 213 do mesmo Código, o reexame da manutenção, ou não, dos pressupostos que ensejaram a prisão preventiva. O juiz, de ofício, a cada três meses, procede à análise e decide se a medida cautelar deve ser mantida, substituída ou revogada, efetivando mais um mecanismo de controle do encarceramento sem condenação.

Outro dispositivo da legislação portuguesa previne a possibilidade de se manter um indivíduo sob cautela preventiva por mais tempo do que o desejado, em face da conexão com outros processos. Para tanto, o texto legal faz referência à possibilidade de fazer cessar a conexão, sob o critério do não prolongamento da

preventiva.

O art. 30, 1, a, afirma que:

Oficiosamente, ou a requerimento do Ministério Público, do arguido, do assistente ou do lesado, o tribunal faz cessar a conexão e ordena a separação de algum ou alguns processos sempre que: a) Houver na separação um interesse ponderoso e atendível de qualquer arguido, nomeadamente no não prolongamento da prisão preventiva.

Por fim, é oportuno destacar o número de presos preventivos no sistema prisional português em relação à população carcerária total. Segundo dados do governo português, divulgados através da “Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018), no final de 2018 existiam 12900 pessoas presas em Portugal, sendo 2232 presos preventivos, o equivalente ao percentual de, aproximadamente, 17,3% do total, valor bastante inferior ao percentual brasileiro de 40,14%. Portugal dispõe de 12895 vagas prisionais, denunciando que o sistema está funcionado, praticamente, no limite de sua capacidade.

### **3.3.2 Reino Unido**

No Reino Unido, quando um indivíduo é preso, pode permanecer sob custódia policial por até 24 horas, nos casos de crimes classificados como “Summary Offences”. Em crimes mais graves, “Indictable Offences”, esse período de custódia policial pode chegar até 96 horas. Em qualquer das situações, o acusado será submetido a um tribunal específico para a primeira audiência, que poderá acontecer dentro do período de custódia policial, ou pode ser realizada posteriormente, no caso de o indivíduo ter sido liberado, pela polícia, pelo pagamento de fiança (THE CROWN PROSECUTION SERVICE, s/d).

O potencial ofensivo do crime é marco definidor sobre qual tribunal realizará a audiência pós custódia policial. Em sendo “Summary Offences”, os tribunais a tomarem conhecimento do fato são as “Magistrates’ Courts”, e caso seja decretada a prisão preventiva do indivíduo, o tempo máximo de custódia cautelar é de 56 dias. Para as situações mais graves, os “Indictable Offences”, é destinada a apreciação da “Crown Court”, e o prazo de custódia nestes casos é de 182 dias.

Ainda há os prazos de 70 dias e 112 dias para situações mais específicas, classificadas como “Either Way Offences” e “Voluntary Bills of Indictment”,

respectivamente.

O ônus de monitorar a contagem de todos estes prazos é da acusação, realizada pelo “Crown Prosecution Service”, que segue um protocolo de cumprimento dos prazos de custódia – “Custody Time Limits” – “CTLs”.

O cumprimento deste protocolo determina a utilização de uma calculadora prevista na legislação, que é reprogramada anualmente para atualizações em relação ao calendário local. Ajuda a promotoria a calcular corretamente o tempo de expiração da custódia, pois a contagem é feita de forma regressiva em relação ao prazo máximo.

Podemos citar como exemplo a seguinte situação: Determinado indivíduo é preso em 2 de janeiro de 2019, acusado de cometer um crime de “menor potencial ofensivo” – “Summary Offence” – e apresentado no mesmo dia ao tribunal local – “Magistrate Court” – o limite de 56 dias é aplicado. Portanto, o “CTL” expira em 27 de fevereiro de 2019.

No entanto, suponhamos que ao réu é concedida fiança em 6 de janeiro de 2019. Fica, desta forma, suspensa a contagem regressiva do prazo – “CTL”. O primeiro dia de prisão preventiva é descontado e a fração do último é considerada como dia inteiro. Logo, neste caso hipotético, 4 dias devem ser subtraídos de 56, restando 52 dias.

Se, contudo, o réu viola as condições impostas pela fiança em 9 de janeiro de 2019, e fica novamente submetido à custódia policial, a contagem é retomada e o prazo, então, expirará em 1º de março de 2019.

Esta sistemática de aplicação contribui decisivamente para o reduzido número de presos provisórios no país. Segundo os últimos dados divulgados pelo parlamento britânico (PARLIAMENT, 2018), o seu sistema prisional conta com uma população total de, aproximadamente, 92500 presos. Destes, aproximadamente 9900 são presos sob custódia preventiva, equivalente a um percentual de 10,7% da população total. A taxa de utilização do sistema chega a 109,8%, revelando, por outro lado, superlotação do aparelho prisional britânico.

Note-se que o Reino Unido se demonstra rígido no cumprimento dos prazos pré-estabelecidos. A racionalidade matemática destaca-se na utilização de um software que monitora regressivamente o tempo de custódia preventiva.

### 3.3.3 Itália

O ordenamento jurídico italiano, apesar das críticas que sofre por sua influência fascista, também não silencia em relação à definição de prazos para a “custodia cautelare”. A Constituição Italiana (SENATO DELLA REPUBBLICA, s/d) preconiza em seu artigo 13, 5º parágrafo que “La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva”.

Seja em flagrante delito, cujas regras estão dispostas no Título VI do Livro V do “Codice di Procedura Penale” (STUDIO CATALDI, s/d), ou por determinação judicial – Livro IV do mesmo código, a prisão do agente inicia a contagem de um prazo de 48 horas, no qual o acusado pode ficar sob custódia policial.

Neste intervalo, a polícia deve comunicar o fato ao Ministério Público e também ao Defensor. O acusado é, então, apresentado ao “Giudice per le indagini preliminari”, figura prevista no art. 328 do código – Juiz que realiza a audiência que equivaleria a “audiência de custódia” do ordenamento brasileiro – ocasião em que a prisão será avaliada, sendo, o acusado, posto em liberdade, ou submetido a uma medida cautelar, inclusive a prisão preventiva.

Os prazos para a “custodia cautelare” – prisão preventiva –, no processo penal italiano, variam de acordo com a fase processual e com o *quantum* da pena cominada seja em abstrato, ou em concreto, para o crime em apuração. O art. 303 do “Codice di Procedura Penale” determina suas durações.

Na fase de investigação preliminar, para os crimes com pena em abstrato de até 6 anos, a prisão preventiva terá duração máxima de 3 meses. Crimes com penas variando entre 6 e 20 anos terão preventiva máxima de 6 meses. Crimes com pena em abstrato superiores a 20 anos – inclusive a prisão perpétua, prevista no ordenamento italiano – poderão ensejar prisão cautelar de, no máximo, 1 ano.

O Código de Processo Penal Italiano traz a possibilidade de um rito processual simplificado – “giudizio abbreviato” –, que permite a resolução do caso de forma mais célere. Os pressupostos e sistemática de aplicação estão elencados no art. 438 do Código.

Para esta modalidade processual, a metodologia quanto aos prazos das prisões preventivas é a mesma: crimes com penas de até 6 anos, preventiva de até 3 meses; crimes com penas entre 6 e 9 anos, preventiva de até 6 meses e, por fim,

crimes com penas superiores a 20 anos – até a prisão perpétua, que também pode ser decretada neste rito célere – cautelar preventiva com duração máxima de 9 meses.

Já para os condenados em primeira instância, mas com recurso em análise, o prazo máximo da prisão preventiva será determinado levando-se em referência a pena cominado em concreto: preventiva de, no máximo, 9 meses, para penas cominadas em até 3 anos; preventiva de até 1 ano, para condenações de 3 a 10 anos. Sendo proferida sentença com pena superior a 10 anos, a cautelar terá duração máxima de 1 ano e 6 meses.

A mesma metodologia é aplicada nas demais previsões do art. 303 do Código de Processo italiano, sopesando o avanço das instâncias e as penas aplicadas ao caso concreto. Chega-se, nesta sistemática, à possibilidade de prisão preventiva máxima de 6 anos para condenação superior a 20 anos, e cuja análise esteja submetida às últimas instâncias do judiciário daquele país.

O Ministério da Justiça italiano (MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, 2018), segundo estatísticas divulgadas em setembro de 2018, contabilizou 59275 presos no seu sistema prisional, que conta com uma capacidade de 50622 vagas. Portanto, assim como acontece em muitos países, o sistema italiano está superlotado, com taxa de ocupação de 117,1%, aproximadamente. Os presos provisórios representam 16,9% da população total, número que, a exemplo dos demais, situa-se muito abaixo do índice brasileiro. Peculiaridade da população carcerária italiana é que 1 em cada 3 presos é estrangeiro.

#### **3.4. Medidas para delimitação do prazo da prisão preventiva no Brasil**

Em um Estado Democrático de Direito, o caminho natural a ser seguido para a definição das normas que deverão reger a vida social é o da produção legislativa. Os representantes do povo, legalmente escolhidos, cumprem o papel fundamental de conferir legitimidade aos ditames legais que, desta forma, podem exercer a coerção necessária para a subordinação e condicionamento sociais.

Além disso, a previsão legal confere certa margem de previsibilidade à atuação estatal, inspirando a confiança da sociedade. Desta forma, o regramento para a delimitação do prazo da prisão preventiva deve ter origem na lei. Cabe ao Poder Legislativo promover a inserção, no texto do Código de Processo Penal, de

mecanismos de verificação periódica das circunstâncias da prisão; dos prazos e respectivas hipóteses de gradação.

Para tanto, as legislações de outros países, assim como visto, traçam o Norte que pode ser seguido para o estabelecimento dos parâmetros de progressão dos prazos, como a natureza do crime, a pena em abstrato, a pena em concreto, a fase processual e o grau de julgamento.

Alguns avanços aconteceram recentemente. A edição da Lei 12.714/2012 é exemplo disto. Seu texto traz a obrigatoriedade da implementação do Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU – que consiste em um sistema de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança, cuja implementação de sua versão inicial deverá acontecer até o final de 2019 em todo o país, segundo planejamento do CNJ divulgado por sua assessoria de imprensa e publicado no sítio Consultor Jurídico (CONJUR, 2019).

Ademais, o projeto de Lei nº 8.045/2010 (CAMARA DOS DEPUTADOS, s/d) que trata do novo Código de Processo Penal traz discussões sobre a revisão periódica das circunstâncias que levaram à aplicação da preventiva e, também, à instituição de prazos para a cautelar.

Contudo, o processo legislativo é longo. Mesmo que determinado projeto esteja pautado no Congresso, seu trâmite demanda bastante tempo. Ainda, não necessariamente as modificações sugeridas no projeto serão introduzidas no texto da nova lei. Por outro lado, o problema é imediato.

Assim sendo, voltando ao questionamento que ensejou a presente pesquisa, entendemos que, de maneira transitória, suprimindo a lacuna deixada pela lei, deve, o magistrado, na decisão que decreta a prisão preventiva, definir sua duração. Mais que qualquer outro personagem envolvido na persecução penal, o magistrado tem a missão de resguardar os mandamentos constitucionais e, por consequência, resguardar também o indivíduo. A realização do direito significa, sobretudo, a realização da Constituição.

A lacuna legislativa não funciona como óbice à determinação de prazo pelo magistrado. O Código de Processo Civil, em seu art. 140, afirma que “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”, em uma clara demonstração de que é assegurada ao magistrado a liberdade de agir

sob o comando de outras balizas normativas. No contexto, os princípios constitucionais da presunção de inocência, dignidade da pessoa humana e duração razoável do processo servem de marcos autorizadores para a fundamentação da necessidade de prazo, enquanto o princípio do livre convencimento motivado ou princípio da persuasão racional conferem o lastro normativo capaz de legitimar a definição de prazo na decisão, mesmo no silêncio da lei.

Portanto, ao enxergar supressão legal que importe na não observância dos princípios constitucionais, o Estado-juíz deve atuar de modo a garantir que o pacto aperfeiçoado na carta política do Estado seja, na medida do possível, efetivamente cumprido. Assim, a atuação do juiz não está estritamente delimitada ao texto da lei, mas balizada pela promoção da justiça e pela observância das regras matrizes abstratas de produção e aplicação do direito.

Neste sentido, Sérgio Fernando Moro (2004, p. 189) assevera que

Como as constituições não mais apenas garantem direitos já assegurados, mas também realizam promessas constitucionais de direitos - como a universalização da saúde e da educação, cuja implementação demanda a atuação do poder público -, resta evidente que a eficácia da jurisdição constitucional será comprometida caso seja atribuído ao juiz função meramente negativa. Se o juiz constitucional não tiver meio para forçar a ação dos demais poderes constituídos para o cumprimento da Constituição ou se não tiver meio para atuar supletivamente, então não exercerá a guarda da Constituição relativamente às normas constitucionais cuja implementação demande ação, e não omissão do Estado.

Na análise da ação ordinária nº 2000.81.00.010122-5, transcorrida na 4ª Vara Federal de Fortaleza, o juiz George Marmelstein Lima, citado por Matheus Faeda Pelizari (2006), fez a seguinte consideração sobre o tema discutido:

“No âmbito do Poder Judiciário, a busca da máxima eficácia das normas constitucionais, ante as circunstâncias de cada caso, é o principal caminho que o intérprete e aplicador do direito deve trilhar. Se o próprio constituinte, *“entregando-se, muitas vezes, a devaneios irrealizáveis, contribui para a desvalorização da Constituição como documento jurídico”*, cabe ao jurista, ao se deparar com a inércia do Poder Público ante a um caso concreto de manifesto desrespeito à Constituição, *“formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas jurídicas”* (grifo do autor).

Assim, espera-se que diante de uma situação que afronta flagrantemente a ordem constitucional, o magistrado possa atuar, mesmo no silêncio da lei, de modo a promover a execução da decisão política fundamental do Estado. É o que acontece no âmbito da prisão cautelar sem prazo final.

Sob outro aspecto, o juiz detém a capacidade de apreciar, mesmo que em

cognição sumária, os eventuais desdobramentos penais que os elementos de informação trazidos ao processo podem ensejar, cuja interpretação pode orientar a aplicação do prazo cautelar. Para tanto, a referência deve ser a pena mínima atribuída em abstrato ao crime apurado. Entendemos que frações da pena mínima são marcos definidores capazes de estabelecer períodos satisfatórios de internação sem julgamento, considerando-se, inclusive, as eventuais qualificadoras.

A gradação do prazo pode ser estabelecida a partir da análise de alguns dos elementos utilizados na definição da pena em concreto; obviamente, aqueles que tenham pertinência com os elementos de informação já trazidos à apreciação e sem o rigor matemático que a aplicação da pena carece. Circunstâncias como o grau de reprovabilidade da conduta, antecedentes, reincidência, eventual concurso de crimes e, de outro modo, possibilidade da aplicação de benefícios como progressão de pena, “sursis” ou, até mesmo, o regime inicial de cumprimento de pena, se semiaberto ou aberto, podem servir de critérios para a gradação do prazo estabelecido em decisão que decreta a preventiva.

De forma didática, cita-se como exemplo a decretação da prisão preventiva de uma agente primário flagrado cometendo o crime de furto qualificado pela destruição de obstáculo à subtração da coisa, tipificado no art. 155, I, do CP, cuja pena mínima é de 2 anos de reclusão. Não sendo observadas outras circunstâncias que contribuam para o aumento da pena em uma eventual condenação – como maior reprovabilidade da conduta, inexistência de antecedentes, reincidência ou concurso de crimes –, pode-se deduzir a aplicação da pena mínima na futura dosimetria. Portanto, não é razoável que este indivíduo permaneça provisoriamente segregado por um período próximo ao da pena mínima, tampouco maior que a pena mínima.

Note-se que, o cometimento de um crime simples, por um réu primário, são características que podem ensejar a progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena, levando-o à liberdade condicionada. Da mesma forma, a aplicação de uma pena mínima de 2 anos, em abstrato, pode, inclusive, motivar a aplicação da suspensão condicional da pena, fatos que devem ser observados pelo magistrado. No exemplo hipotético exposto, em tese, assiste ao infrator a possibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, portanto, sua segregação preventiva deve considerar este fato. A prisão cautelar precisa ser

determinada por um período que corresponda a uma fração da pena mínima, ajustada aos elementos de informação respectivos. Neste caso, poder-se-ia aplicar, por exemplo, 1/8 da pena de 2 anos, o que corresponderia a 3 meses de prisão preventiva, em face das características favoráveis ao acusado.

Portanto, incumbe ao magistrado, em um primeiro momento, constituir o limite de aplicação da prisão preventiva e interpor um freio objetivo às, já mencionadas, indesejáveis consequências da prisão indefinida no tempo. Luigi Ferrajoli (2002, p. 446) doutrina que

[...] toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio. Não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo.

A prisão sem culpa formada já é, em si, um ato extremo, portanto, seu prolongamento incerto desperta muito mais o sentimento de insegurança frente ao Estado-juiz do que a sensação de busca pela justiça pretendida. Na atual conjuntura jurídica, apenas o magistrado tem o poder de limitar esta ação opressora estatal.

## Considerações Finais

A cautelar prisão preventiva é um instrumento de grande relevância para a efetivação da jurisdição penal. Apesar das várias críticas sofridas pelo instituto, muitas vezes chamado de “injustiça necessária”, sua previsão se faz amplamente presente no mundo, inserida nos ordenamentos jurídicos de diversos países, se não de todos. Coube-nos, em face da sua importância e ampla utilização na persecução penal brasileira, analisar a sistemática de aplicação da prisão preventiva, com foco na ausência de prazo.

A lacuna legislativa quanto à definição de termo final para a prisão processual acarreta indesejáveis efeitos, dentre eles, destaca-se a indefinição quanto ao momento de retorno à liberdade dos presos preventivos. Não raras vezes esses indivíduos são “esquecidos” no sistema prisional e acabam permanecendo segregados por mais tempo do que se condenados fossem. Esse cenário avilta caros princípios constitucionais como dignidade da pessoa humana, presunção de inocência e duração razoável do processo.

A partir de dados obtidos em estudos realizados por órgãos oficiais dos Estados foi possível demonstrar que a população de presos provisórios no Brasil é significativamente maior do que as de Portugal, Reino Unido e Itália, países que adotam limite temporal, em suas legislações, para a cautelar preventiva. Apesar de enfrentarem o mesmo problema brasileiro de altas taxas de utilização do sistema, as parcelas referentes aos presos provisórios são bem menores. Portugal, que apresenta o maior percentual em relação aos três estrangeiros pesquisados, tem índice de 17,3%, valor que não chega à metade do número brasileiro – 40,17%.

Isso se deve, em grande medida, ao fato de o preso provisório brasileiro adentrar no sistema e lá permanecer indefinidamente. Não são raros os casos em que a pessoa permanece anos internada sem culpa formada. O último relatório do CNJ, de modo eufêmico, não revelou precisamente o tempo médio de internação provisória no país. Por outro lado, em 2017, o órgão publicou relatório que trazia o tempo médio de internação de 1 ano, com estados chegando à média de 3 anos de prisão sem julgamento, como em Pernambuco.

Uma das consequências lógicas disto é a superlotação do sistema prisional

do país. A maior fatia, dentre a classificação adotada no relatório do CNJ, é a de presos provisórios. Supera a parcela de presos condenados em execução definitiva e a parcela de presos condenados em execução provisória, ou seja, a metodologia de aplicação da prisão preventiva no país está sufocando as características da provisoriedade e da excepcionalidade – que lhe conferem a natureza cautelar processual – transformando-a em prisão penal.

A tentativa de se controlar o tempo de internação dos presos provisórios por meio de juízos de razoabilidade tem se mostrado falha. É impossível querer estabelecer marcos finais à internação cautelar, nestes moldes, se não se dispõe de mecanismos regulares de verificação da situação individual dos acusados. A legislação não prevê a utilização de tais mecanismos e o judiciário, espontaneamente, não o faz. Logo, é de todo óbvio a necessidade de se designar limites objetivos, prazos práticos, com caráter prescricional, que definam cabalmente o término da custódia cautelar.

Na conformação do Estado Democrático de Direito, as normas que condicionam a sociedade devem ser produzidas pelo poder legislativo. Deste modo, a definição de prazo para a prisão preventiva deve ter previsão legal. Contudo, o processo legislativo segue um rito demorado, que não se presta à resolução de problemas imediatos. Partindo desta premissa, entendemos ser a definição de prazo na decisão que decreta a prisão preventiva a maneira mais adequada de se atenuar o problema.

Compete, portanto, ao magistrado atuar na imposição de limites objetivos à atemporalidade da segregação preventiva. Apesar da não previsão legal neste sentido, é possível ao juiz, guiado pela promoção da justiça e pela observância das regras matrizes abstratas de produção e aplicação do direito, impor tal limite de tempo. Esta postura do magistrado homenageia os princípios da duração razoável do processo, dignidade da pessoa humana e, sobretudo, o princípio da presunção de inocência. É certo: a atividade do juiz não se restringe aos limites da letra da lei.

Por fim, não é aceitável, em um Estado Democrático de Direito, que o indivíduo seja encarcerado, sem culpa formada, e permaneça indefinidamente custodiado sem expectativa de voltar à liberdade, continuando segregado, muitas vezes, por um tempo maior do que àquele eventualmente imposto em pena de sentença condenatória. O Juiz não deve se valer da omissão legislativa e se acostar

à indefinição de prazo pois, ciente da possibilidade de decretar uma prisão que pode se transformar em autêntica manifestação do arbítrio estatal, deve atuar no sentido de evitar que isso aconteça, em um exercício de simetria, representando o poder capaz de obstar o próprio poder estatal.

## Referências

- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL, *Constituição Federal*, 1988.
- BRASIL, *Código Penal: Decreto-Lei Nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940.
- BRASIL, *Código de Processo Penal: Decreto-Lei Nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941.
- BRASIL, Lei 12.403, de 4 de maio de 2008.
- CONJUR (CONSULTOR JURÍDICO). *SEEU será obrigatório até o final do ano, define CNJ*, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-10/seeu-obrigatorio-todos-tribunais-fim-ano>. Acessado em 16 de maio de 2019.
- CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões. Cadastro Nacional de Presos*, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/987409aa856db291197e81ed314499fb.pdf>. Acesso em 14 de fevereiro de 2019.
- CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). *Reunião Especial de Jurisdição*, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>. Acesso em 19 de fevereiro de 2019.
- CNMP (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO). *Sistema Prisional em Números*, 2018. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/noticias-cddf/11314-taxa-de-ocupacao-dos-presidios-brasileiros-e-de-175-mostra-relatorio-dinamico-sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em 25 de fevereiro de 2019.
- FARIAS, Michelle Cristina. *Evolução Histórica da Prisão Preventiva e Prisão em Flagrante no Brasil*. Disponível em: [https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3294/evolucao-historica-prisao-preventiva-prisao-flagrante-brasil#\\_ftn7](https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3294/evolucao-historica-prisao-preventiva-prisao-flagrante-brasil#_ftn7). Acesso em 03 de março de 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª. ed. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2002.

IPEA (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA), 2014. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*. Disponível em:

<https://pt.slideshare.net/justicagovbr/a-aplicacao-de-penas-e-medidas-alternativas>.

Acesso em 10 de março de 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 5ª. ed.

Salvador: Juspodivm, 2017.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado: parte geral* – vol. 1. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Direção-Geral De Reinserção e Serviços Prisionais.

Estatísticas e Indicadores, 2018. Disponível em:

<https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Est%C3%A1tisticas/%C3%81rea%20Prisional/Quinzenais/2018/2q12-2018-sitpen.pdf?ver=2019-01-02-160031-037>.

Acesso em 03 de março de 2019.

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA. Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria.

Ufficio del Capo del Dipartimento - Sezione Statistica, 2018. Disponível em:

[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_14\\_1.page;jsessionid=WLeVpowaeoPA0WH7MdrMmoa?contentId=SST141596&previousPage=mg\\_1\\_14](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page;jsessionid=WLeVpowaeoPA0WH7MdrMmoa?contentId=SST141596&previousPage=mg_1_14).

Acesso em 08 de março de 2019.

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13ª.

ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PARLIAMENT. House of Commons Library. *UK Prison Population Statistics*, s/d.

Disponível em:

<https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN04334#fullreport>.

Acesso em 05 de março de 2019.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª. ed. São Paulo: Atlas. 2017.

PELIZARI, Matheus Faeda. *O juiz como legislador positivo no caso concreto*.

Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/1149/o-juiz-como-legislador-positivo-caso-concreto>. Acesso em 17 de março de 2019.

PORTUGAL, *Código de Processo Penal: Decreto-Lei Nº 78/87.*

SENATO DELLA REPUBBLICA. *La Costituzione*, s/d. Disponível em:  
[http://www.senato.it/1025?sezione=120&articolo\\_numero\\_articolo=13](http://www.senato.it/1025?sezione=120&articolo_numero_articolo=13). Acesso em  
08 de março de 2019.

STUDIO CATALDI. *Codice di Procedura Penale*, s/d. Disponível em:  
<https://www.studiocataldi.it/codiceprocedurapenale/codiceprocedurapenale.asp>.  
Acesso em 08 de março de 2019.

THE CROWN PROSECUTION SERVICE. *Legal guidance. Custody Time Limits*, s/d.  
Disponível em: <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/custody-time-limits>. Acesso  
em 05 de março de 2019.