

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

EDER RODRIGUES ALVES DA SILVA

**O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA APÓS O ADVENTO DA LEI
13.964/2019**

TAUBATÉ

2022

EDER RODRIGUES ALVES DA SILVA

O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA APÓS O ADVENTO DA LEI 13.964/2019

Trabalho apresentado para obtenção do Certificado de Graduação pelo Curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté. Área de concentração: Direito Penal e Processual Penal.

Orientadora: Prof^a Ma. Giovana Gleice Gomes dos Santos Gurpilhares

TAUBATÉ

2022

**Grupo Especial de Tratamento da Informação - GETI
Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBi
Universidade de Taubaté - UNITAU**

S586i Silva, Eder Rodrigues Alves da
O instituto da prisão preventiva após o advento da Lei 13.964/19 /
Eder Rodrigues Alves da Silva. -- 2022.
55f. : il.

Monografia (graduação) - Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2022.

Orientação: Profa. Ma. Giovana Gleice Gomes dos Santos
Gurpilhares, Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Prisão preventiva. 2. Pacote anticrime. 3. Brasil. [Lei n. 13.964, de
24 de dezembro de 2019]. I. Universidade de Taubaté. Departamento de
Ciências Jurídicas. Curso de Direito. II. Título.

CDU - 343.126

EDER RODRIGUES ALVES DA SILVA

O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA APÓS O ADVENTO DA LEI 13.964/2019

Trabalho apresentado para obtenção do Certificado de Graduação pelo Curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté.

Área de concentração: Direito Penal e Processo Penal.

Orientadora: Profa. Ma. Giovana Gleice Gomes dos Santos Gurpilhares.

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr: _____

Assinatura: _____

Dedico este trabalho a minha família, em especial minha esposa Mary, cujo apoio e motivação foram essenciais nesta jornada.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus pelo privilégio da oportunidade de cursar Direito, e por ter me concedido forças para vencer os desafios impostos nos bancos acadêmicos.

A meus pais que sempre me apoiam e me orientam nos momentos de dificuldade, com conselhos sábios repletos de encorajamento.

Aos queridos professores da casa, os quais contribuíram imensamente para minha formação acadêmica e profissional.

A querida professora Giovana pela paciência e orientação de extrema eficiência para tornar possível a conclusão deste trabalho.

“Nenhuma alta sabedoria pode ser atingida sem uma dose de sacrifício.”

— *C. S. Lewis, no livro “As crônicas de Nárnia”*

RESUMO

O presente trabalho de graduação tem como objetivo analisar o instituto da prisão preventiva, bem como suas alterações com a vigência da lei nº 13.964/19, tendo num primeiro momento identificado a evolução histórica desta medida cautelar. Posteriormente, identificou as diferenças dos tipos de prisão, ratificando o conceito de prisão-pena e prisão processual. Nesse viés, observou as características, pressupostos e condições de admissibilidade de decretação da prisão preventiva. Ademais, tratou de identificar e pontuar as mudanças introduzidas pelo pacote anticrime no que concerne à prisão preventiva e por fim, uma breve análise do sistema prisional Brasileiro. Para tanto, foram analisadas teorias doutrinárias e artigos científicos acerca do tema em conjunto com a legislação vigente.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Pacote Anticrime. Lei nº 13.964/19.

ABSTRACT

The present undergraduate work aims to analyze the institute of preventive detention, as well as its changes with the enactment of law nº 13.964/19, having at first identified the historical evolution of this precautionary measure. Subsequently, it identified the differences in the types of prison, ratifying the concept of prison-sentence and procedural prison. In this bias, it observed the characteristics, assumptions and conditions of admissibility of decreeing preventive detention. In addition, it tried to identify and point out the changes introduced by the anti-crime package with regard to preventive detention and, finally, a brief analysis of the Brazilian prison system. Therefore, doctrinal theories and scientific articles on the subject were analyzed in conjunction with current legislation.

Keywords: Preventive Prison. Anti-Crime Pack. Law No. 13.964/19

GRÁFICOS

Gráfico 1: População Prisional e Presos Provisórios por ano no Brasil entre o ano de 2007 e 202147

Gráfico 2: Déficit de vagas no sistema prisional brasileiro entre o ano de 2007 e 202148

Gráfico 3: Percentual de Presos Provisórios por Ano no Brasil entre o ano de 2007 e 202150

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. BREVE HISTÓRICO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	15
1.1 PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL.....	16
2. PRISÃO-PENA E PRISÃO PROCESSUAL.....	19
2.1 PRISÃO-PENA.....	19
2.1.2 ESPÉCIES, FORMAS DE CUMPRIMENTO E REGIMES DE CUMPRIMENTO DA PRISÃO PENA.....	20
3. CARACTERÍSTICAS, PRESSUPOSTOS, FUNDAMENTOS E CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA.....	22
3.1 CARACTERÍSTICAS DA PRISÃO PREVENTIVA.....	23
3.2 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS.....	24
3.2.1 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.....	25
3.2.2 GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA.....	28
3.2.3 CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL.....	29
3.3 HIPÓTESES DE DECRETAÇÃO DA MEDIDA PRISIONAL.....	30
4. MUDANÇAS INTRODUZIDAS PELA LEI 13.964/19.....	32
4.1 DECRETAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DE OFÍCIO.....	32
4.2 DEMONSTRAÇÃO DE PERIGO PELO ESTADO DE LIBERDADE DO ACUSADO.....	35
4.3 PRISÃO PREVENTIVA COM A FINALIDADE DE ANTECIPAÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PENA.....	36

4.4 NECESSIDADE DE REVISAR PERIODICAMENTE A PRISÃO PREVENTIVA.....	37
4.4.1 ANÁLISE DE CASO.....	42
4.5 O JUIZ DAS GARANTIAS.....	45
5. ANÁLISE DO SISTEMA PRISIONAL.....	47
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	54

INTRODUÇÃO

O artifício da privação da liberdade como forma de repressão à pessoa por ato considerado, nas diversas culturas, como criminoso, é de praxe adotada pelos países, sejam eles desenvolvidos ou subdesenvolvidos. Nesse sentido, no Brasil, o Estado é quem detém o monopólio da aplicação da punibilidade aos indivíduos infratores, denominado *Jus Puniendi*, e encontra-se positivado na Constituição Federal.

Diante desse poder de punir que emana do Estado, diversos são os meios utilizados para consecução desse fim. Analisando o gênero prisão, encontram-se as espécies: prisão pena e prisão processual, as quais evidenciam-se aquela como decorrente de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, e esta como meio para se preservar a persecução penal.

Diante disso, o Estado criou estabelecimentos prisionais para acomodar os indivíduos que se encontram nessa situação, os quais são separados dos presos comuns. Entretanto, dado a crescente elevação dos delitos, urge o encarceramento em massa, fazendo com que os presídios atuais fiquem superlotados, e com políticas de ressocialização frágil, acarreta no controle desses estabelecimentos pelas facções criminosas.

Ademais, o Estado tem tentado, através de alterações legislativas, mudar o cenário atual, criando Leis no sentido de endurecer penas e de estabelecer soluções para se evitar o encarceramento de forma banalizada.

O presente trabalho consiste justamente na análise de uma dessas leis criadas com esse fim, a lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, visando demonstrar a aplicabilidade no tocante ao Instituto da Prisão Preventiva após o advento da referida lei, e seus respectivos impactos no sistema prisional brasileiro.

O exame da questão proposta é extremamente relevante pois visa demonstrar os impactos legislativos no tocante à prisão, sua decretação, fundamentos,

requisitos, e exigências a serem perseguidas pelo magistrado, o protagonista da ação penal, e os devidos impactos no sistema prisional.

Esta questão ganha relevância quando se observam as cortes superiores e o congresso nacional divergindo quanto à aplicabilidade da medida imposta nesse instituto, o qual foi tema do informativo 995 do STF, e do projeto de lei 4888/20, este ainda aguardando análise da comissão de constituição e justiça e de cidadania (CCJC).

Para melhor compreensão da temática, o presente trabalho foi dividido em 05 (cinco) capítulos.

O capítulo I, intitulado como a evolução histórica da prisão preventiva no Brasil, trata da sua origem bem como a aplicabilidade ao longo dos anos dentro do nosso ordenamento jurídico.

O capítulo II, versa sobre a diferenciação da prisão pena e da prisão processual, estabelecendo conceitos e sua aplicabilidade à luz da Constituição Federal.

O capítulo III, como o tópico de maior importância para a compreensão do tema, visa estabelecer as características, pressupostos, fundamentos e condições de admissibilidade da prisão preventiva.

O capítulo IV, aborda as distinções do instituto da prisão preventiva antes e depois do referido dispositivo legal passar a vigorar no ordenamento jurídico, demonstrando os efeitos imediatos após a vigência da lei e abordará o caso prático, de relevância nacional, que adveio de uma decisão monocrática de um dos ministros da suprema corte.

O capítulo V apresenta uma breve visualização do sistema carcerário brasileiro, o qual, conforme último relatório do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2021), os presos preventivos correspondem a cerca de 30% da população carcerária.

Por fim analisa o projeto de lei que versa sobre o assunto, no intuito de ser uma das possíveis ferramentas para coibir o desencarceramento de indivíduos de

alta periculosidade, o qual se estivesse em vigor, jamais teria ocasionado na revogação da prisão preventiva por mero formalismo trazido pela lei

Para consecução do objetivo proposto serão utilizados os métodos bibliográficos e estatísticos, o qual norteará o presente trabalho, de forma que seja possível compreender a origem desse instituto, suas variáveis, atualizações e os impactos causados no ordenamento jurídico brasileiro.

1. BREVE HISTÓRICO DA PRISÃO PREVENTIVA

Neste capítulo é proposto uma análise temporal do instituto da prisão, percorrendo caminhos o qual levará a uma compreensão concisa do tema. Entretanto, diversos doutrinadores se lançaram à aventura de identificar esse processo de evolução do cárcere, contudo, nos dizeres do Professor Cézaro Roberto Bitencourt “A origem da pena, todos recordam, é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antigas quanto a humanidade. Por isso mesmo é muito difícil situá-la em suas origens.” (BITENCOURT, 2011).

Ademais, cumpre destacar que não é uma tarefa fácil fazer a cronologia de tão controverso instituto, pois além de deparar-se com a descontinuidade de informações e relatos, tem-se ainda as divergências doutrinárias à época. Nesse sentido, alguns doutrinadores ficaram conhecidos por seus escritos, o qual, a depender do norte traçado chega-se a conclusões distintas. Portanto, visando evitar equívocos no tracejar dessa jornada, será tomado por base o homem delinquente, destrinchado por Lombroso.

Nesse sentido a Antiguidade pouco conheceu a prisão como pena, esta servia apenas como forma de custódia, onde os réus eram preservados e aguardavam serem julgados ou sentenciados. Diante disso, aponta BITENCOURT “Embora seja inegável que o encarceramento de delinquentes existiu desde tempos imemoráveis, não tinha caráter de pena e repousava em outras razões. Até fins do século XVIII a prisão serviu somente aos objetivos de contenção e guarda de réus, para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou executados.

Caminhando para a Idade Média verifica-se que a pena privativa de liberdade também não possuía finalidade específica, e, assim como na Antiguidade, tinha o mesmo caráter custodial. Todavia, algumas considerações devem ser feitas a esse período no sentido de existir as chamadas *Prisão de Estado* e a *Prisão Eclesiástica*. A Prisão de Estado estava relacionada à discricionariedade do governante, e estava reservada para os inimigos do poder real ou senhorial, e aos adversários políticos destes governantes. Duas eram as possíveis modalidades dessa prisão, a já

conhecida custódia, que se caracteriza pelo cerceamento da liberdade do indivíduo até que este venha ter a verdadeira pena aplicada: Morte, açoite, mutilação, etc, ou como detenção temporal, perpétua ou até receber o perdão real. Por fim, a Prisão Eclesiástica se relaciona com a ideia de penitência para alcançar o perdão divino, nesse sentido, os “pecadores religiosos” exilavam-se para os mosteiros onde permaneciam isolados, a fim de promoverem seu arrependimento através da meditação.

Por fim, a Idade Moderna é consagrada por ter instituída a prisão como pena e não apenas como custódia, nesse sentido aponta Guzman, citado por Bittencourt, que “Foi necessário esperar mais de dois séculos para que as prisões fossem consideradas um lugar de correção e não de simples custódia do delinqüente à espera de julgamento.” Naquela época surgiram prisões onde o indivíduo era obrigado a trabalhar em equipe, serviço braçal, principalmente com a evolução do capitalismo, e no período noturno esse indivíduo permanecia isolado em celas individuais. Ficou, portanto, conhecida como casas de trabalho ou *Workhouse*.

1.1 PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

A análise histórica do instituto da prisão preventiva no Brasil faz-se necessária para que se compreenda a evolução e aplicabilidade desse instituto nos dias atuais. Nesse sentido é a crítica do ministro do Superior Tribunal de Justiça, Rogério Schietti, que em sua obra aponta ser uma das principais deficiências do mundo acadêmico a de negligenciar a análise das raízes históricas dos institutos que compõem os diversos ramos do Direito. (SCHIETTI, 2011, p. 31)

Convém destacar que alguns doutrinadores optam por estabelecer a evolução histórica dividida em períodos que marcaram o ordenamento jurídico brasileiro. Para Rogério Schietti a divisão se dá em período anterior ao Código de Processo Penal de 1941, o Código de Processo Penal na Era Vargas, e o Regime Militar.

Nesse sentido, a prisão preventiva apresenta sua incidência no ordenamento jurídico brasileiro em meados de 1821, quando o príncipe regente Dom Pedro I sancionou o decreto que estabelecia a necessidade de existir, para a decretação da prisão preventiva, culpa formada. Convém destacar que naquele período pessoas eram privadas de suas liberdades por denúncias precárias, sem comprovação, por mera suspeita e pelas arbitrariedades dos juízes e governadores. Tamanha indignação de Dom Pedro I, pelas afrontas à humanidade, foi editado tal decreto, in verbis:

[...] nenhuma pessoa livre no Brazil possa jamais ser presa sem ordem por escripto do Juiz, ou Magistrado Criminal do territorio, excepto sómente o caso de flagrante delicto, em que qualquer do povo deve prender o delinquente. Ordeno em segundo logar, que nenhum Juiz ou Magistrado Criminal possa expedir ordem de prisão sem preceder culpa formada por inquirição summaria de tres testemunhas, duas das quaes jurem contestes assim o facto, que em Lei expressa seja declarado culposo, como a designação individual do culpado; escrevendo sempre sentença interlocutoria que o obrigues a prisão e livramento, a qualse guardará em segredo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinquente.

Diante disso, passou-se a exigência de fundamentação das decisões judiciais, visando erradicar a arbitrariedade e padronizar as sanções. Ademais, no sentido de evidenciar o caminho histórico da prisão preventiva diversos doutrinadores discorrem acerca da “culpa formada”, pois foi um marco na garantia dos direitos fundamentais, tão negligenciados à época.

A culpa formada então consistia em estabelecer um mínimo probatório que representava um filtro para a admissibilidade da acusação, tinha como apoio as provas até então produzidas (perícias, testemunhos e interrogatório do acusado) e, uma vez pronunciada a convicção judicial, o nome do réu era lançado em livro próprio e era ordenada, automaticamente, sua prisão (artigo 146). (SCHIETTI, 2011, p. 34 apud FREDERICO MARQUES, 1965, p. 84).

Permeando a história chega-se à era Vargas, O Estado Novo, em 1941 foi instituído um novo Código de Processo Penal, o qual trouxe a prisão preventiva como interesse da administração da justiça, conforme se encontrava insculpida na Exposição de Motivos do referido Código. O cenário da época consistia na influência

do autoritarismo que imperava na Europa, e no Brasil, houve uma crescente nos casos em que era permitida a decretação da prisão preventiva.

Ademais, o Artigo 311 do Código de Processo Penal de 1941 alargou as possibilidades de decretação da prisão preventiva ao estabelecer tal medida sempre que “o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal” o reclama-se. Nessa senda, logo abaixo no Artigo 312 houve o instituto da prisão preventiva obrigatória, cabível para os autores de crimes cuja pena máxima de reclusão fosse igual ou superior a dez anos. Dispensava-se outro requisito senão a prova indiciária contra o acusado.

Esse rigor excessivo do legislador de 1941, que venceu o Código “com as marcas indeléveis da era totalitária em que foi promulgado”, passou por sucessivos temperamentos após transcorrido um quarto de século, curiosamente em plena vigência de outro período de exceção ao Estado de Direito, o regime militar instaurado em 1964 (SCHIETTI, 2011, p. 36 apud FREDERICO MARQUES, 1965, p.58).

Foi, portanto, em 1967, durante o período do regime militar, que foi posto fim à prisão preventiva obrigatória, tornando-a facultativa, modificando a redação do Art. 312 do referido diploma. Antes da sua última alteração com a lei 13.964/19, houveram outras modificações, a qual a mais emblemática ocorreu com a lei 12.403 de 2011, que confirmou o caráter cautelar da prisão preventiva e trouxe novos requisitos a serem observados para sua decretação, quais sejam, necessidade e adequação.

Nesse sentido, com a entrada em vigor da lei 13.964/19 o referido instituto avançou, em caráter de legalidade da medida cautelar, pois vincula o juiz, protagonista da ação penal, a fundamentar sua decisão sobre a necessidade de se manter a prisão preventiva por fatos contemporâneos, e visitar o feito a cada noventa dias, sob pena de tornar a prisão ilegal.

2. PRISÃO-PENA E PRISÃO PROCESSUAL

No Brasil tem-se como regra a liberdade do indivíduo. Ante o caráter de um estado democrático de direito a prisão é exceção. Nesse sentido, toma-se o direito à liberdade como um dos principais direitos humanos fundamentais, e portanto, o indivíduo só poderá ter esse direito cerceado, de maneira legítima, quando houver a aplicação da prisão-pena, advindo de uma condenação com trânsito em julgado. Acontece que a legislação Brasileira permite o cerceamento da liberdade do indivíduo mediante algumas exceções, sejam para preservar o andamento das investigações, de caráter cautelar, ou em flagrante delito, as quais estão descritas na Constituição Federal.

Nesse sentido, embora subsistam outras espécies de prisão no ordenamento pátrio (prisão civil, prisão militar, prisão em flagrante, prisão temporária), convém citá-los com reservas, pois o objeto e foco desta obra é tratar das prisões cautelares, especificamente da prisão preventiva. Todavia, para melhor compreensão do assunto Prisão, faz-se necessário diferenciar os institutos Prisão-Pena e Prisão Processual.

2.1 PRISÃO-PENA

Conforme abordado, a prisão é a exceção no Brasil, entretanto, existe o instituto da prisão-pena, fruto de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Essa prisão encontra-se regulada na Parte Geral do Código Penal, nos artigos 32 a 42, e na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84).

Por conceito de prisão pena, assertivamente o professor Fernando Capez a define como "Sanção penal de caráter aflagrante, imposta pelo estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição

punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade”.

2.1.2 ESPÉCIES, FORMAS DE CUMPRIMENTO E REGIMES DE CUMPRIMENTO DA PRISÃO PENA

A pena de prisão encontra-se positivada no art. 32, inciso I, do Código Penal, o qual estabelece a premissa da pena privativa de liberdade, e a subdivide em: reclusão e detenção. Trata-se, portanto, da permanência do indivíduo no cárcere, após a sentença que exauriu os assuntos concernentes ao crime, estabelecendo os critérios para cumprimento da pena imposta pelo juiz no caso concreto.

Caminhando nos artigos correspondentes à prisão pena, convém destacar os regimes para o seu cumprimento. Percebe-se que as maiores quantidades de pena são destinados para os crimes apenados com reclusão, podendo chegar até quarenta anos, pois tratou o legislador estabelecer sanção mais gravosa aos crimes que causam grande impacto à sociedade, nesse caso, o legislador, no momento da criação do tipo penal sinaliza à sociedade a gravidade do delito. Ademais, a estes, o regime inicial para cumprimento de pena inicia-se com o fechado, podendo, inclusive, progredir para o semiaberto e posteriormente o aberto, a depender do caso concreto, conforme disposições da lei de execução penal. Tais crimes são cumpridos em estabelecimentos de segurança máxima ou média.

Nesse sentido, o regime semiaberto e aberto corresponde a crimes leves, também identificados pelo legislador no tipo penal. A estes são apenados com detenção e o regime inicial para o cumprimento da pena passa a ser o semiaberto ou aberto, a depender do caso concreto. Positivado no art. 33, § 1º, alínea b, do Código Penal, estabelece que poderão ser cumpridos em estabelecimentos prisionais diferentes, isto é, colônias agrícolas ou industriais. Este regime de cumprimento de pena baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do acusado.

Na lição de Nucci, pouco se observa as diferenças entre reclusão e detenção, a não ser o quantitativo das penas, pois teriam repercussões práticas semelhantes. Entretanto, os presos apenados com detenção devem estar separados dos reclusos, todavia essa ordem nunca foi observada pelas autoridades brasileiras, permanecendo válidas e nítidas apenas as prisões de caráter processual (NUCCI, 2016).

3. CARACTERÍSTICAS, PRESSUPOSTOS, FUNDAMENTOS E CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é uma prisão processual, isto é, uma forma de prisão que visa garantir o andamento das investigações no curso do inquérito policial, bem como o caminhar da marcha processual após o oferecimento da denúncia ou queixa, para preservar a instrução criminal. Destina-se à privação da liberdade do indivíduo, arbitrada em decorrência de alguns fatores que autorizam sua aplicação, através do requerimento feito pelo membro do Ministério Público, do querelante ou do assistente, bem como por representação da autoridade policial ao juiz de direito, os quais estão positivados na Constituição Federal e reiterados no Código de Processo Penal. Cabe ressaltar a inovação trazida pela Lei 13.964/19, a qual tolheu a possibilidade de o Juiz decretar a prisão preventiva de ofício. Por fim, por se tratar de medida cautelar, pressupõe a coexistência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Há de se notar que a aplicação da prisão preventiva destina-se à crimes cuja pena máxima, em abstrato, cominada ao delito seja superior a quatro anos. Engloba tanto os tipos penais punidos com reclusão quanto detenção. Todavia, obviamente, excluem-se os crimes de menor potencial ofensivo e as contravenções penais, bem como os crimes culposos.

Ademais, dois são os princípios basilares que norteiam o instituto das medidas cautelares: necessidade e adequação, insculpidos no Art. 282, *caput*, do Código de Processo Penal. Importantes princípios de caráter objetivo, pois exige a necessidade de comprovada proporcionalidade entre o delito praticado e a medida cautelar imposta, não permitindo sua incidência considerando apenas a gravidade do delito sem que reste comprovado a necessidade da aplicação da medida cautelar no caso concreto, se assim não fosse, estaria-se diante da prisão preventiva obrigatória.

Por derradeiro, a prisão preventiva nasce como um importante instituto de resposta imediata do estado contra o indivíduo, em que pese tratar-se de medida

cautelar, esta tem o condão de restringir a liberdade do acusado/indiciado/réu, ainda que de forma precária, mostrando à sociedade que aquela conduta específica é intolerável.

3.1 CARACTERÍSTICAS DA PRISÃO PREVENTIVA

Este tópico refere-se à natureza jurídica do instituto em comento, o qual trata-se de uma medida cautelar antecipatória. Quando comparado ao processo civil vê-se uma certa proximidade nas conceituações, entretanto, com as devidas ressalvas, uma vez que no processo civil há de se notar cunho patrimonial, ao passo que no processo penal está envolvido um dos principais direitos fundamentais, a liberdade. Entretanto os indícios de autoria (*fumus boni iuris*) e o perigo pela demora (*periculum in mora*) encontram-se presentes como preceito fundamental para aplicação da medida.

Ademais, não se pode confundir a prisão preventiva com prisão temporária, pois, a prisão temporária só pode ser decretada durante a fase pré-processual, está disciplinada na Lei nº 7.960/89, art. 1º, inciso I, II e III, enquanto que a prisão preventiva pode ser decretada tanto durante a fase de investigação policial quanto durante o processo, nos termos do Art. 311 do Código de Processo Penal.

Além disso, a prisão temporária só é cabível em relação a um rol taxativo de delitos, elencados no art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89, e no art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos). Nesse caso, não há um rol taxativo de delitos em relação aos quais seja cabível a decretação da prisão preventiva, bastando, para tanto, o preenchimento dos pressupostos constantes do art. 313 do Código de Processo Penal.

Por fim, a prisão temporária possui prazo predeterminado de cinco dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, conforme disposto no art. 2º da Lei nº 7.960/89. E de trinta dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, em se tratando de

crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo, Art 2º, § 4º da lei nº 8.072/90.

Nesse contexto, a prisão preventiva não possui prazo determinado, todavia, com a inovação introduzida pelo pacote anti crime (Lei nº 13.964/19) impõe que as circunstâncias que ensejaram a prisão devem ser reavaliadas a cada noventa dias. Esta inovação será abordada em tópico oportuno.

3.2 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS

Os pressupostos e requisitos autorizadores da aplicação da prisão preventiva estão elencados no art. 312 do Código de Processo Penal. Antes, porém, convém ressaltar que pressupostos e requisitos não é unívoca, e sim uma complementação de ambos, é o que se extrai dos dizeres de MACHADO CRUZ (op. cit. p. 83), "a terminologia aqui empregada, relativamente a pressupostos e requisitos, não é unívoca. E Rogério Lauria Tucci (2004, p. 31 2) explica que pressuposto, numa visualização extrínseca do ato, diz respeito à sua própria conformação; requisito, por sua vez intrinsecamente considerado, consubstancia-se num elemento concernente à estrutura deste. Sem o pressuposto, o ato não tem como ser concretizado; sem o requisito o é, porém irregularmente.

Conforme se extrai do art. 312, CPP:

Art. 312. 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 e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Diante disso, tem-se que os pressupostos são a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Ao passo que os requisitos são a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, sem os quais não poderá ser decretada a prisão preventiva.

3.2.1 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

O primeiro pressuposto trazido pelo referido artigo 312, do Código de Processo Penal, é a decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública. Nesse sentido, nada inovou o legislador ao editar a Lei 13.964/19, pois não a alterou em nada, tampouco tratou de conceituá-lo.

Essa é a crítica do doutrinador há tempos, pois é um dos pressupostos de maior abrangência, um tanto quanto genérico. Rogério Schietti Cruz chega à conclusão de que o legislador foi muito infeliz ao escolher essa vaga expressão “garantia da ordem pública” para autorizar a prisão preventiva do investigado ou do acusado no processo penal. Mais infeliz ainda foi o reformador de 2011 ao nada inovar quanto a isso, mantendo a mesma redação dada ao artigo 312 do CPP pelo Código de 1941” (Prisão cautelar, p. 261-262).

Hodiernamente verifica-se a maior incidência da decretação da prisão preventiva com o fundamento da garantia da ordem pública, a qual pouco se discute pelos doutrinadores a conceituação deste pressuposto. Tratou a jurisprudência por empreitar tal definição:

"Por garantia da ordem pública, é a prisão feita para evitar a prática de novos crimes..." (STJ HC 11.971/SP DJ 12.06.2000 Rel. Min. Fernando Gonçalves)

"PRISÃO PREVENTIVA EMPREGO DE ARMA DE FOGO LIBERDADE PROVISÓRIA IMPOSSIBILIDADE

1. Não obstante os bons antecedentes, a primariedade e a residência fixa no

distrito da culpa, afastase a alegação de constrangimento ilegal, consubstanciada na negativa de liberdade provisória, porquanto merece subsistir o decreto de prisão preventiva, devidamente fundamentado, no caso de crime cometido mediante o emprego de arma de fogo. Impende colocar em destaque a necessidade da custódia preventiva, na espécie, como garantia da ordem pública, de modo a impedir a constante repetição de atos nocivos, como os noticiados nos autos, que trazem intranqüilidade e desassossego à população. Precedentes da Corte.

2. Recurso improvido." (RHC 8.776/MG DJ de 27.09.1999 6ª T. Rel. Min. Fernando Gonçalves)

Como se vê, o conceito de garantia da ordem pública reside na necessidade de impedir a repetição de novos crimes.

Ainda na controvérsia conceitual, tem-se três correntes doutrinárias no sentido de interpretar o referido pressuposto, conforme sistematiza o escritor Renato Brasileiro:

A primeira corrente, a qual é minoritária, defende que a decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública não é dotada de fundamentação cautelar, uma vez que figura como verdadeira antecipação da pena. Conforme sustenta Odone Sanguiné, segundo o qual “a prisão preventiva para garantia da ordem pública (ou, ainda, o clamor público) acaba sendo utilizada com uma função de prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir”. (LIMA, 2020, p. 1.064)

A segunda corrente, majoritária, entende a fundamentação com base na garantia da ordem pública como risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso este permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime. Sustenta que a prisão preventiva poderá ser decretada com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente. Nesse sentido, de acordo com essa corrente, a prisão preventiva poderá ser decretada com esse fundamento sempre que dados concretos demonstrarem que se o agente permanecer solto voltará a delinquir. Ademais, nesse contexto, inquéritos policiais e processos em andamento configuram elementos aptos a demonstrarem a eventual reiteração delitiva do agente. (LIMA, 2020, p. 1.065 e 1.066).

Ademais, tal corrente também é adotada pelos tribunais superiores, como se observa no julgado do Superior Tribunal de Justiça, extraído do informativo nº 354 do STJ (28 de abril a 9 de maio de 2008):

Na espécie, a custódia provisória mostra-se perfeitamente justificada na necessidade de garantia da ordem pública em razão da periculosidade concreta do paciente, denunciado como mandante dos cinco homicídios qualificados consumados e seis tentados, cometidos por ocasião da invasão da residência das vítimas durante a madrugada, utilizando-se de metralhadoras, bem como de armamento de grosso calibre, tudo isso motivado por sentimento de vingança e disputa por poder dentro da organização criminosa voltada ao tráfico ilícito de drogas, inexistindo o alegado constrangimento ilegal. Assim, as condições pessoais favoráveis do paciente não têm o condão de, por si só, impedir a decretação da segregação antecipada, uma vez que existentes elementos capazes de autorizar a adoção da providência extrema. Precedentes citados: [HC 79.641-RS](#), DJ 3/12/2007; [RHC 17.519-AL](#), DJ 20/11/2006, e [HC 88.101-SP](#), DJ 10/3/2008. [HC 85.922-SP](#), Rel. Min. Paulo Gallotti, julgado em 29/4/2008.

No caso de prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, faz-se um juízo de periculosidade do agente (e não de culpabilidade), que, em caso positivo, demonstra a necessidade de sua retirada cautelar do convívio social. Embora não tenham o condão de exasperar a pena-base no momento da dosimetria da pena, inquéritos policiais e processos em andamento são elementos aptos a demonstrar eventual reiteração delitiva, fundamento suficiente para a decretação da prisão preventiva. (LIMA, 2020, p. 1.066).

A terceira corrente tem o caráter ampliativo, a qual poderá ser decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, e também nos casos em que o cárcere *ad custodiam* for necessário para acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça em crimes que provoquem clamor público. Entre os adeptos dessa terceira corrente, Fernando Capez assevera que “a brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo *fumus boni iuris*, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo”. (LIMA, 2020, p. 1.068).

Nesse sentido, convém citar Mirabete, para quem:

A conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, por si, não basta para a decretação da custódia, a forma e execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública, impondo-se a

medida como garantia do próprio prestígio e segurança da atividade jurisdicional. (MIRABETE, 2004. p. 803).

3.2.2 GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA

Entende a doutrina, nesse ponto são unânimes, a garantia da ordem econômica deriva do pressuposto anterior, a garantia da ordem pública, entretanto com o foco à crimes de ordem econômica, tanto em instituições financeiras como em órgãos do Estado. Nesse sentido não há muito o que se aprofundar, uma vez que a exigência que autoriza a decretação da prisão preventiva, com base nesse pressuposto, tem de ser observada alguns elementos, conforme aponta Guilherme Souza Nucci, quais sejam: gravidade do delito, repercussão social, periculosidade do agente, particular modo de execução, envolvimento com organização criminosa, de maneira a garantir que a sociedade fique tranquila pela atuação do Judiciário no combate à criminalidade invisível de muitos empresários e administradores de valores, especialmente os do setor público. (NUCCI, 2020, p. 1000)

Portanto verifica-se a incidência deste instituto sempre que houver a prática dos crimes que atentam contra a ordem econômica, os quais estão positivados na Lei nº 1.521/51 (crimes contra a economia popular), Lei nº 7.134/83 (crimes de aplicação ilegal de créditos, financiamentos e incentivos fiscais), Lei nº 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional), Lei nº 8.078/90 (crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor), Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), Lei nº 8.176/91 (crimes contra a ordem econômica), Lei nº 9.279/96 (crimes em matéria de propriedade industrial) e Lei nº 9.613/98 (crimes de lavagem de capitais). (LIMA, 2020, p. 1070)

3.2.3 CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL

A prisão preventiva decretada com o fundamento da conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, visa garantir o andamento processual, uma vez que o risco trazido pelo estado de liberdade do indivíduo atinge diretamente o processo. Nesse sentido, são os dizeres de Eugênio Pacelli: “As prisões preventivas por conveniência da instrução criminal e também para assegurar a aplicação da lei penal são evidentemente instrumentais, porquanto se dirigem diretamente à tutela do processo, funcionando como medida cautelar para garantia da efetividade do processo principal (a ação penal). (PACELLI, 2021, p. 705)

A conveniência da instrução criminal caracteriza-se nas hipóteses a qual o acusado possa perturbar o andamento do processo, atrapalhando as investigações, a produção de provas, etc. Nesse sentido, Guilherme Souza Nucci aponta alguns óbices praticados pelo acusado, assim “Configuram condutas inaceitáveis a ameaça a testemunhas, a investida contra provas buscando desaparecer com evidências, ameaças dirigidas ao órgão acusatório, à vítima ou ao juiz do feito, dentre outras.” (NUCCI, 2020, p. 1000).

Nessa senda, caso o acusado venha a ameaçar testemunhas visando obstruir à produção de provas, é cabível, além da decretação da prisão preventiva pelo delito já em apuração, o autor da ameaça poderá ainda ser responsabilizado por outro crime denominado coação no curso do processo, nos termos do art. 344 do CP. (REIS, 2021, p. 867).

A garantia da aplicação da lei penal relaciona-se com a ideia da possibilidade de fuga do indivíduo, de maneira comprovada, do distrito da culpa, inviabilizando a futura execução da pena. Entretanto, esse estado de perigo iminente de fuga tem de estar comprovado e não meramente fundado em suspeitas, pois se assim não fosse, estaria, de fato, violando o princípio da presunção de inocência. É o que se extrai do posicionamento de Renato Brasileiro, e ratificado em julgados da suprema corte:

Sob pena de evidente violação ao princípio da presunção de inocência, não se pode presumir a fuga do agente simplesmente em virtude de sua

condição socioeconômica favorável. Meras ilações ou conjecturas desprovidas de base empírica concreta não autorizam a decretação da prisão do agente com base nesse pressuposto. O juiz só está autorizado a decretar a prisão preventiva com base em elementos concretos constantes dos autos que confirmem, de maneira insofismável, que o agente pretende se subtrair à ação da justiça. (LIMA, 2020, p. 1070).

Portanto, não há que se falar em presunções, possibilidades, ilações, sem que de fato esteja comprovadamente o interesse do agente em se evadir. Um exemplo trazido pela doutrina, também, é quando o agente não possui residência fixa ou emprego lícito.

3.3 HIPÓTESES DE DECRETAÇÃO DA MEDIDA PRISIONAL

As hipóteses de decretação da prisão preventiva encontram-se positivadas no artigo 313 do Código de Processo Penal, após, entretanto, passado pela valoração do art. 312, isto é, tem-se de verificar ambos artigos conjuntamente. Portanto, será admitida a prisão preventiva nos seguintes casos:

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;

IV - ~~(revogado)~~.

§ 1º 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.

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

Convém destacar que não se aplica este instituto aos crimes cuja pena máxima seja de 4 (quatro) anos, pois o dispositivo abrange apenas os crimes cuja pena máxima seja superior, não permitindo, portanto, que se faça uma interpretação extensiva. Nesse caso, existe apenas a possibilidade de decretar-se medidas cautelares diversas da prisão, as quais encontram-se no art. 319, do Código de Processo Penal.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável ([art. 26 do Código Penal](#)) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 1º ~~(Revogado)~~.

§ 2º ~~(Revogado)~~.

§ 3º ~~(Revogado)~~.

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

Diante disso, para os crimes dolosos cuja pena máxima seja superior a 4 anos e esteja presente *fumus commisi delicti* e *periculum libertatis* poderão ser aplicadas, observado a proporcionalidade, a prisão preventiva.

4. MUDANÇAS INTRODUZIDAS PELA LEI 13.964/19

O referido instituto passou por recentes alterações, principalmente em relação à prisão preventiva. Por este motivo, este tópico cuida em examinar o antes e depois da alteração legislativa, bem como o impacto que tal retificação causou no sistema prisional brasileiro e as repercussões causadas por equívocos interpretativos.

4.1 DECRETAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DE OFÍCIO:

Diversas foram as alterações deste instituto, comecemos a tratar do art. 282, §§ 2º e 4º, do Código de Processo Penal, o qual versa sobre a possibilidade da decretação das medidas cautelares de ofício pelo magistrado.

Antes da lei 13.964/19:

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. [\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). [\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

Conforme se observa da análise dos referidos parágrafos do artigo 282 do CPP, havia a possibilidade de o juiz decretar medidas cautelares de ofício, entretanto com a vigência do pacote anticrime foi tolhida essa discricionariedade, sob o argumento de que o juiz necessariamente deve ser motivado pelas partes, sob pena de violação ao princípio da motivação, insculpida na Constituição Federal.

Após a lei 13.964/19:

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

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código. [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

Portanto, para que o magistrado venha decretar qualquer das medidas cautelares deve haver expressa manifestação das partes, não podendo o juiz atuar de ofício.

Em relação à prisão preventiva, por ser uma medida cautelar, entretanto de caráter excepcional, tratou o legislador também prever a adoção deste instituto apenas de forma motivada, conforme se extrai do art. 311, do Código de Processo Penal:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

Ademais, ainda nessa esteira, pelo referido artigo veda-se a conversão da prisão em flagrante em preventiva, de ofício, pois, o legislador tratou de evitar que o magistrado tivesse qualquer iniciativa capaz de colocar em dúvida sua imparcialidade. A conclusão que se chega, conforme Renato Brasileiro aborda é que:

O ministério público (ou a autoridade policial) deveria se apresentar em juízo para reivindicar a decretação da prisão preventiva (ou temporária), caso entendesse necessária a manutenção da privação da liberdade do acusado, ou, ainda, no sentido da imposição de medida cautelar diversa da prisão. (LIMA, 2020, p. 948)

Outrossim, cabe a análise do art. 282, § 5º, do Código de Processo Penal, pois equivocadamente o legislador estabeleceu que, em detrimento da revogação da prisão preventiva, o magistrado poderá novamente decretá-la caso sobrevierem razões que a justifiquem:

[...] § 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

Nesse caso, tal previsão vai na contramão da intenção do legislador, razão pela qual faz-se oportuno citar as considerações do autor Renato Brasileiro de Lima:

O problema reside na parte final desses dispositivos, a qual, na contramão de todo o reforço ao sistema acusatório e à garantia da imparcialidade introduzido pela lei n. 13.964/19, autoriza o juiz a voltar decretar, *de ofício*, uma medida cautelar por ele anteriormente revogada ou substituída, quando sobrevierem razões que a justifiquem. Ora, se os arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311 do CPP, ambos com redação alterada pela lei n. 13.964/19, vedam a decretação *ex officio* de qualquer medida cautelar, seja durante a fase investigatória, seja durante a fase judicial da persecução penal, revela-se contraditório admitir tal iniciativa nesse caso. (LIMA, 2020, p. 949)

Ademais, visando concluir o assunto a respeito da possibilidade de o juiz decretar as medidas cautelares, em especial a prisão preventiva, de ofício, convém abordar o disposto na lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), especificamente o art. 20, o qual dispõe “em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, *de ofício*, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial”. Nesse caso, inexistente a possibilidade de a referida lei autorizar o magistrado a decretar a prisão preventiva, ainda que se trate de lei especial, cujo critério da especialidade se sobrepõem à lei geral.

Por fim, destaca-se o disposto no art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, o qual dispõe que, as medidas cautelares diversas da prisão, estabelecidas nos artigos 319 e 320, são preferíveis à prisão preventiva, funcionando esta como extrema ratio, e podendo somente ser decretada quando todas as outras medidas alternativas se mostrarem inadequadas. Nesse sentido, convém apontar que, as medidas cautelares são substitutivas, isto é, os mesmos fundamentos deverão estar presentes (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*), embora deva ser escalonado a proporcionalidade para sua aplicação.

4.2 DEMONSTRAÇÃO DE PERIGO PELO ESTADO DE LIBERDADE DO ACUSADO

De acordo com a nova redação do art. 312 do Código de Processo Penal, foi instituída através da citada lei que, para se decretar a prisão preventiva tem-se de estar demonstrado o efetivo perigo causado pelo estado de liberdade do acusado:

Art. 312. 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 e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares ([art. 282, § 4º](#)). ([Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019](#)) ([Vigência](#))

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. ([Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019](#)) ([Vigência](#))

Nesse sentido, o parágrafo 2º determina que esse perigo de existência tem de ser contemporâneo às causas que ensejaram a decretação da prisão preventiva, atentando-se para o princípio da atualidade do *periculum libertatis*, pois, nos dizeres de Aury Junior “a atualidade do perigo é elemento fundante da natureza cautelar. Prisão preventiva é “situacional” (provisional), ou seja, tutela uma situação fática presente, um risco atual.” (Lopes Jr. 2021, p. 949)

Portanto, tem-se de ficar demonstrado nos autos que o perigo gerado pelo estado de liberdade do indivíduo seja notado, e tenha repercussões no presente, e não fundado em fatos passados ou que possam ocorrer no futuro.

4.3 PRISÃO PREVENTIVA COM A FINALIDADE DE ANTECIPAÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PENA

É vedada a decretação da prisão preventiva como forma de antecipação do cumprimento de pena, pois como já fora abordado a prisão preventiva possui tão somente caráter cautelar, visa resguardar os resultados úteis do processo. Nesse sentido, afirma Renato Brasileiro:

A prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal. Trata-se de medida de natureza excepcional, que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, na medida em que o juízo que se faz, para sua decretação, não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade. (LIMA, 2020, p. 975)

Nesse sentido, há crimes que causam maiores repulsas à sociedade e, portanto, esta requer uma ação do Estado para coibir e aplicar, com rigor, as leis estabelecidas. Nessa senda, a prisão preventiva acaba tornando-se uma ferramenta de resposta imediata do estado em decorrência da repercussão pública aclamada pela mídia. Contudo, a prisão preventiva não se presta a essa finalidade. Está é a crítica feita por Badaró e Lopes Jr:

"Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser excepcional torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares, quadro esse agravado pela duração excessiva" (BADARÓ e LOPES JR., 2009, p. 55)

Portanto, antes da lei 13.964/19 entrar em vigor não existia tal vedação expressa no Código de Processo Penal, embora pareça ser inconteste que tal instituto não se preste à essas arbitrariedades, as quais carecem de fundamentação. Foi então, a partir da edição da referida lei, que o legislador abordou o assunto de forma expressa. Assim encontra-se insculpido no Art. 313, § 2º, do Código de Processo Penal "Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a

finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.”

Contudo, a sociedade espera que o indivíduo surpreendido na prática delituosa permaneça preso, independente da pena cominada em abstrato, é que se se denota do contexto social repercutido pela mídia e, por não conhecerem minimamente a finalidade da prisão preventiva, acreditam que haja no Brasil uma incontestável impunidade. Pois, se um acusado de cometer algum crime, for surpreendido e preso em flagrante, e pela gravidade do delito o juiz preferir a aplicação de uma das medidas cautelares, a sociedade não entende que haverá uma sanção ao indivíduo ao fim da marcha processual com a prolação da sentença penal. Acreditam que, pelo fato de o criminoso ser liberado para responder ao crime em liberdade, este ficará impune.

4.4 NECESSIDADE DE REVISAR PERIODICAMENTE A PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é fortemente criticada por não haver estabelecido no Código de Processo Penal um período máximo de sua duração, mantendo o indivíduo no cárcere sem que tenha culpa formada. A problemática reside na cultura do judiciário na preferência por decretar a prisão ao invés das medidas cautelares, como afirma Aury Lopes Junior:

No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Além do mais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, e somente após prender, uma vez suficientemente e demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. (LOPES JR., 2017, p. 28)

Muitos doutrinadores defendem que a contagem desse prazo não exceda àqueles estabelecidos nos ritos dispostos no Código de Processo Penal. Todavia, é inviável que se delimite um prazo fixo para o término da instrução. Muito se falava no

prazo de 81 dias, o que não passa de mera somatória dos prazos previstos no Código de Processo Penal para que a colheita da prova se encerrasse.

Nesse sentido, Nucci afirma, o art. 22, parágrafo único, da Lei 12.850/2013 mencionou que “a instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu”. (NUCCI, 2020, p. 992).

Contudo, trata-se de prazo impróprio, conforme nucci expõe:

Na realidade, os prazos estabelecidos para a conclusão dos atos de instrução são impróprios, vale dizer, não há sanção alguma se forem descumpridos. Porém, isso não significa que ultrapasá-los, sem motivo razoável, possa manter o acusado preso indefinidamente. (NUCCI, 2020, p. 992)

Outrossim, constitui direito fundamental, insculpido na Constituição Federal, o direito de o acusado ter, em prazo razoável, uma solução à sua demanda, seja ela satisfatória ou não:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Destaque próprio)

Ocorre que, ainda que esteja presente na carta magna, inexistente qualquer tipo de sanção em caso de extrapolação de prazos. A Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça propõe a superação da violação a razoável duração do processo com o encerramento da instrução criminal, estabelecendo absurda situação na qual o magistrado, independentemente do motivo e do tempo, nunca causará violação do prazo razoável (PRADO E PREZI, 2018, p. 163)

Ademais, a falta de prazo corresponde à arbitrariedades do sistema penal, um dos maiores problemas, nas palavras de Aury Lopes Junior:

Aqui reside um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação. Reina a absoluta indeterminação acerca da

duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão. Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo de duração está previsto em lei, a prisão preventiva segue sendo absolutamente indeterminada, podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o periculum libertatis. (LOPES JR. 2017, p 25.)

A conclusão que se chega, portanto, é que sempre houve, ao menos, algum tipo de prazo para que o magistrado se apoiasse, entretanto, caso descumprido não haveria sanção alguma a despeito de manter o indivíduo encarcerado, devendo a defesa deste pleitear seu relaxamento de prisão, caso entendesse que algum desses prazos fora descumprido, e ou, excedido.

Com efeito, a Lei 13.964/19 estabeleceu nova redação ao art. 316 do Código de Processo Penal, e acrescentou o parágrafo único, estabelecendo que a autoridade competente deverá revisar o feito a cada 90 dias, para decidir sobre a sua necessidade, visando pôr fim ao esquecimento, do preso cautelar, no sistema carcerário. Eis a nova redação:

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

Agora, pois, embora o legislador não tenha, novamente, definido prazo máximo de duração da prisão preventiva, tem-se que destacar que, ao menos, passou a prever sanção (se não houver a apreciação dos motivos ensejadores da decretação da medida, a prisão torna-se ilegal), nesse caso se torna um prazo com sanção e obrigatória observância. (LOPES JR., 2020, p. 92)

Nesse sentido, o prazo nonagesimal foi objeto de apreciação através da recomendação nº 62/CNJ, estabelecendo que:

Art. 4º, inciso I, alínea c: Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas: I-

a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se: (...) c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;

Nesse caso, o CNJ reconhece o dever de revisar periodicamente a prisão preventiva, bem como recomenda que os juízes, analisando a superação do prazo nonagesimal, o observe como um dos motivos para concessão da prisão domiciliar.

A nova redação ao art. 316, do Código de Processo Penal foi bem recepcionada pelos juristas, pois vincula o juiz da vara criminal a decidir sobre a manutenção da medida a cada 90 dias. Entretanto, essa alteração trouxe alguns questionamentos sobre a sanção imposta pelo parágrafo único (tornar a prisão ilegal), se, após decorrido o referido prazo sem que o juiz apreciasse os fundamentos que ensejaram a decretação da prisão automaticamente a prisão se tornaria ilegal e conseqüentemente a defesa impetando habeas corpus solicitando a revogação da prisão ou o seu relaxamento, de qualquer forma, comprovado manifestamente o decurso do prazo sem impulso pelo juiz, autorizaria, portanto, a libertação do indivíduo.

A posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), é de relativização desse dever de revisar periodicamente, principalmente no que se refere à concessão de liberdade pela não observância da imposição legal. Nessa senda a decisão da Sexta turma:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUPERAÇÃO DO ÓBICE DA SÚMULA N. 691 DO STF. IMPOSSIBILIDADE. REAVALIAÇÃO PERIÓDICA DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA A CADA 90 DIAS. ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. PRAZO NÃO PEREMPTÓRIO. EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. RISCO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E DESENVOLVIMENTO DA COVID-19.

AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 2. A nova redação do art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, operada pela Lei n. 13.964/2019, determina a reavaliação periódica dos fundamentos que indicaram a necessidade da custódia cautelar a cada 90 dias. “Contudo, não se trata de termo peremptório, isto é, eventual atraso na execução deste ato não implica automático reconhecimento da ilegalidade da prisão, tampouco a imediata colocação do custodiado cautelar em liberdade” (AgRg no HC n. 580.323/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe

15/6/2020). (...) 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 588.513/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2020, DJe 04/08/2020)

Nessa mesma posição de relativização do referido prazo nonagesimal, a Quinta Turma do STJ se manifestou no mesmo sentido da Sexta Turma, no HC 589.993/BA:

Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de MAGNO RODRIGUES SILVA contra decisão de Desembargador integrante do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA, que indeferiu a liminar no HC n. 8015129-93.2020.8.05.0000.

(...)

Por outro lado, ainda que tivesse sido ultrapassado o prazo estabelecido no art. 316, Parágrafo Único, do CPP, tal fato, por si só, não ensejaria a revogação da prisão cautelar do Paciente, mas tão-somente a sua reavaliação, o que, como visto acima, já foi realizado por esta Egrégia Corte de Justiça. (HC 589.993/BA, Min. Jorge Mussi, 01/07/2020) Também esvaziando a evolução esperada, na medida em que desconsidera a aplicação da sanção em caso de violação do dever de revisar periodicamente: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO INDEFERIDA LIMINARMENTE. SÚMULA 691/STF. AUSÊNCIA DE PATENTE ILEGALIDADE. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NECESSIDADE DE REAVALIAR A PRISÃO CAUTELAR A CADA 90 DIAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. PRAZO NÃO PEREMPTÓRIO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. MODUS OPERANDI. RÉU COM REGISTRO DE DIVERSOS PROCEDIMENTOS CRIMINAIS. RISCO DE REITERAÇÃO. NECESSIDADE DE ASSEGURAR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(...) 3. Além disso, com o fim de assegurar que a prisão não se estenda por período superior ao necessário, configurando verdadeiro cumprimento antecipado da pena, a alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019 ao art. 316 do Código Penal estabeleceu que o magistrado revisará a cada 90 dias a necessidade da manutenção da prisão, mediante decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão ilegal. 4. Necessário, porém, assim como se deve proceder em relação a um ocasional excesso de prazo na formação da culpa, considerar que para o reconhecimento de eventual constrangimento ilegal pela demora no reexame obrigatório da custódia cautelar, exige-se uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, de modo a evitar retardo abusivo e injustificado na prestação jurisdicional. 5. Ora, é certo que em respeito ao princípio da dignidade humana, bem como ao da presunção de não culpabilidade, o reexame da presença dos

requisitos autorizadores da prisão preventiva deve ser realizado a cada 90 dias, nos termos da novel norma processual. Contudo, não se trata de termo peremptório, isto é, eventual atraso na execução deste ato não implica automático reconhecimento da ilegalidade da prisão, tampouco a imediata colocação do custodiado cautelar em liberdade. (...) (AgRg no HC 580.323/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 15/06/2020)

Diante da matéria exposta e apreciada pelos tribunais superiores, vê-se uma grande desvirtualização da intenção do legislador ao determinar, no art. 316 do Código de Processo Penal, a necessidade de revisar os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, tonando ilegal a prisão em caso de descumprimento. Diante disso, retorna-se à estaca zero, pois novamente tem-se um prazo sem sanção, sepultando a inovação trazida pela lei 13.964/19.

Por fim, o caso mais emblemático foi julgado pelo STF em sede de Habeas Corpus, onde o traficante internacional de entorpecentes teve seu alvará de soltura expedido após uma ordem monocrática do Ministro Marco Aurélio.

4.4.1 ANÁLISE DE CASO

O artigo em comento causou divergências inclusive entre os ministros da Suprema Corte. Após impetrado o Habeas Corpus 191.836/SP em favor do traficante internacional André Oliveira Macedo (André do Rap), e distribuído ao Ministro Marco Aurélio, foi o estopim para que se iniciasse uma discussão acalorada sobre o parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal. Nessa oportunidade o Ministro Marco Aurélio, através de uma decisão monocrática, acolheu o pedido da defesa do paciente e concedeu a liminar ordenando que fosse expedido o alvará de soltura, sob o seguinte fundamento:

O paciente está preso, sem culpa formada, desde 15 de dezembro de 2019, tendo sido a custódia mantida, em 25 de junho de 2020, no julgamento da apelação. Uma vez não constatado ato posterior sobre a indispensabilidade da medida, formalizado nos últimos 90 dias, tem-se desrespeitada a previsão legal, surgindo o excesso de prazo. (HC 191.836/SP)

Após a decisão do ministro Marco Aurélio, o Ministro Presidente do STF Luiz Fux, em plantão judiciário, concedeu a suspensão da medida liminar proferida nos autos do referido Habeas Corpus e determinou novamente a prisão do paciente, sob o fundamento de que a liberdade do indivíduo, que é um traficante internacional de drogas, traz risco de grave lesão à ordem e à segurança pública, o qual assim o definiu:

A periculosidade do agente do writ em foco para a segurança pública resta evidente, ante a gravidade concreta do crime (tráfico transnacional de mais de 4 toneladas de cocaína, mediante organização criminosa violenta e que ultrapassa as fronteiras nacionais) e a própria condição de liderança de organização criminosa de tráfico de drogas atribuída ao paciente, reconhecida nas condenações antecedentes que somam 25 anos. (SL 1395 STF)

Ademais, após o entendimento do Ministro Luiz Fux, presidente da Suprema Corte, o plenário, por maioria, referendou a decisão em suspensão de liminar, com a confirmação da suspensão da decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio, até o julgamento do HC pelo órgão colegiado competente, e por fim, determinou a imediata prisão do paciente.

Diante da controvérsia que pairou, inclusive sobre os ministros da Suprema Corte, viu-se a necessidade de se editar um informativo, de modo a erradicar interpretações diversas aplicáveis ao caso concreto. Imperiosamente foi editado o informativo nº 995, em que ocorrera tendo como base as sessões de julgamento que ocorreram nos dias 12 a 16 de abril de 2020. Nesse sentido, segue a transcrição, na íntegra, do referido informativo sobre a decretação da prisão preventiva e sua observância do prazo nonagesimal:

A inobservância do prazo nonagesimal do art. 316 do Código de Processo Penal (CPP) (1) não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos.

O disposto no art. 316, parágrafo único, do CPP insere-se em um sistema a ser interpretado harmonicamente, sob pena de se produzirem incongruências deletérias à processualística e à efetividade da ordem penal. A exegese que se impõe é a que, à luz do **caput** do artigo, extrai-se a regra de que, para a revogação da prisão preventiva, o juiz deve fundamentar a decisão na

insubsistência dos motivos que determinaram sua decretação, e não no mero decurso de prazos processuais.

O Supremo Tribunal Federal (STF) rechaça interpretações que associam, automaticamente, o excesso de prazo ao constrangimento ilegal da liberdade, tendo em vista: a) o critério de razoabilidade concreta da duração do processo, aferido à luz da complexidade de cada caso, considerados os recursos interpostos, a pluralidade de réus, crimes, testemunhas a serem ouvidas, provas periciais a serem produzidas, etc.; e b) o dever de motivação das decisões judiciais [Constituição Federal (CF), art. 93, IX] (2), que devem sempre se reportar às circunstâncias específicas dos casos concretos submetidos a julgamento, e não apenas aos textos abstratos das leis.

À luz desta compreensão jurisprudencial, o disposto no art. 316, parágrafo único, do CPP não conduz à revogação automática da prisão preventiva. Ao estabelecer que “Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”, o dispositivo não determina a revogação da prisão preventiva, mas a necessidade de fundamentá-la periodicamente.

Mais ainda: o parágrafo único do art. 316 não fala em prorrogação da prisão preventiva, não determina a renovação do título cautelar. Apenas dispõe sobre a necessidade de revisão dos fundamentos da sua manutenção. Logo, não se cuida de prazo prisional, mas prazo fixado para a prolação de decisão judicial.

Portanto, a ilegalidade decorrente da falta de revisão a cada 90 dias não produz o efeito automático da soltura, porquanto esta, à luz do **caput** do dispositivo, somente é possível mediante decisão fundamentada do órgão julgador, no sentido da ausência dos motivos autorizadores da cautela, e não do mero transcorrer do tempo.

No caso, trata-se de referendo de decisão do presidente do STF que, em sede de plantão judiciário, após reconhecer a existência de risco de grave lesão à ordem e à segurança pública, concedeu a suspensão de medida liminar proferida nos autos do [HC 191.836/SP](#) e determinou a imediata prisão do paciente. A periculosidade do agente do **writ** em foco para a segurança pública resta evidente, ante a gravidade concreta do crime (tráfico transnacional de mais de 4 toneladas de cocaína, mediante organização criminosa violenta e que ultrapassa as fronteiras nacionais) e a própria condição de liderança de organização criminosa de tráfico de drogas atribuída ao paciente, reconhecida nas condenações antecedentes que somam 25 anos.

Com esse entendimento, o Plenário, por maioria, referendou a decisão em suspensão de liminar, com a consequente confirmação da suspensão da decisão proferida nos autos do HC 191.836/SP até o julgamento do **writ** pelo órgão colegiado competente, determinando-se a imediata prisão do paciente, nos termos do voto do ministro Luiz Fux (presidente e relator), vencido o ministro Marco

Aurélio, que inadmitia a possibilidade de presidente cassar individualmente decisão de um integrante do STF. O ministro Ricardo Lewandowski, preliminarmente, não conhecia da suspensão e, vencido, ratificou a liminar.

(1) CPP: “Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.”

(2) CF: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) 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;” (INFORMATIVO 995 STF)

Portanto, hodiernamente, encontra-se pacificado que o prazo nonagesimal não acarreta a automática revogação da prisão preventiva. Entretanto, também não estabeleceu nenhum parâmetro para se aferir a duração máxima da segregação do indivíduo em sede de prisão preventiva. Nesse contexto, esvazia-se a inovação trazida pela lei 13.964/19, pois prazo sem sanção é igual a ineficácia da proteção ao direito fundamental que se pretendia tutelar.

4.5 O JUIZ DAS GARANTIAS

O juiz das garantias corresponde à uma ideia desenvolvida para separar as funções judiciais em: pré-processuais e processuais, entre o juiz das garantias e o juiz da instrução e julgamento, ficando o juiz das garantias encarregado do controle da legalidade da investigação criminal. O principal objetivo dessa nova estrutura, conforme observado nos pareceres legislativos ao projeto de lei, é de garantir a imparcialidade do juiz da ação penal, o qual não mais abordaria o mérito

do caso enviesado pelas informações recebidas e decisões tomadas na etapa pré-processual

Por primeiro, cumpre destacar que tal dispositivo encontra-se com sua eficácia suspensa através de medida cautelar dispostas nas ADIN 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 DF, denotando um imenso retrocesso no que concerne à garantia de um processo justo e eficaz.

Incluído pela Lei nº 13.964/19 e disciplinado nos Arts. 3º-A a 3º-F, do Código de Processo Penal, nas palavras de Thiago Reis:

[...] a criação do juiz de garantias tem o potencial de reduzir prisões pois: (i) o reforço à desvinculação da decisão cautelar pré-processual do mérito pode desincentivar o uso da prisão preventiva para fins punitivos, já que o juiz de garantias não julgará os suspeitos; e (ii) a adição de outro juiz na tomada de decisão sobre a condição cautelar do suspeito, somada ao fato de que juízes tendem a ser diferentes a decisões de outros juízes, pode levar à manutenção, pelo juiz do processo, de eventual liberdade provisória concedida pelo juiz de garantias. Tais razões reforçam a importância da implementação do juiz de garantias. (REIS, 2020)

Contudo, este dispositivo, conforme já pontuado, encontra-se com sua eficácia suspensa e sem previsão de ser apreciada pelo STF.

5. ANÁLISE DO SISTEMA PRISIONAL

O Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo. Hoje conta com mais de 835 mil presos, dos quais 227 mil (27%) são presos provisórios, conforme aponta relatório do Depen, atualizado em 2021.

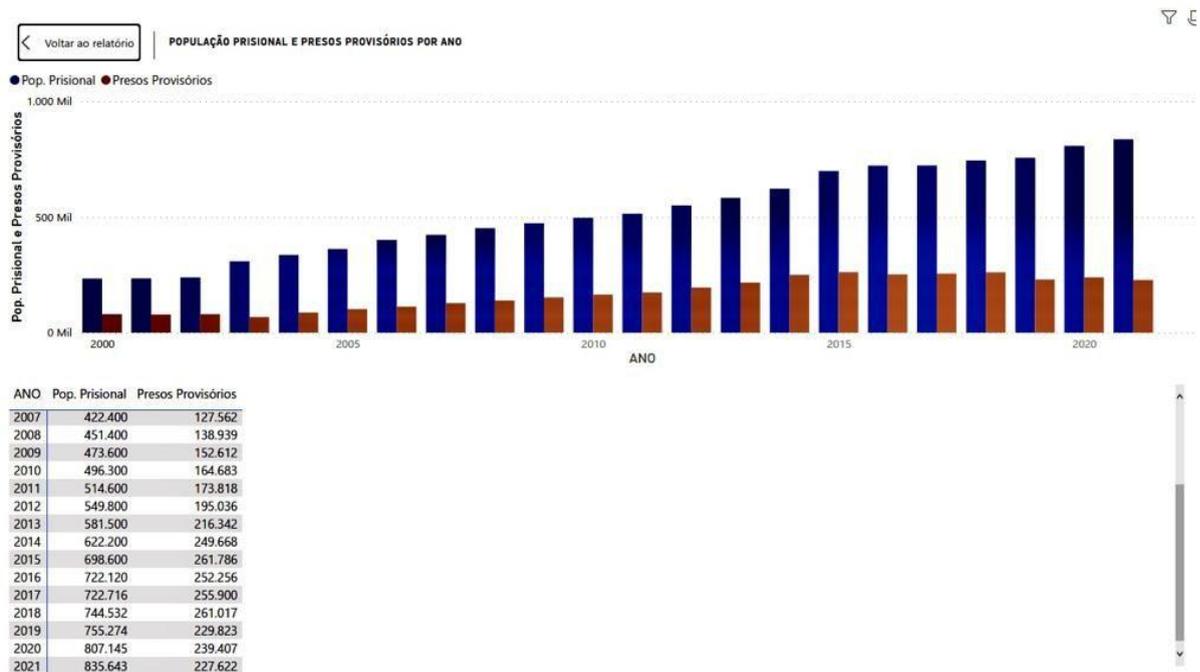


Gráfico 1: População Prisional e Presos Provisórios por ano no Brasil entre o ano de 2007 e 2021.
Fonte: DEPEN (2021)

Diante desse cenário, há evidente crise no sistema prisional em decorrência das decisões banalizadas da prisão preventiva, nesse sentido é a crítica de NUCCI:

“[...] a vulgarização da prisão cautelar tem sido notada, cada vez mais, no Brasil. Parcela considerável da sociedade, especialmente os leigos em Direito, acredita que a prisão preventiva é indispensável para acabar com a impunidade e para fazer justiça. Enganam-se e, pior, são enganados por operadores do Direito que trabalham bem com o radicalismo, estabelecido em cultura prisional.” (NUCCI, 2020, p. 989)

Ademais, vê-se presídios superlotados com presos, muitas vezes, sem condenação definitiva. O art. 300, do Código de Processo Penal, estabelece que os presos provisórios deveriam ser separados dos presos comuns, com condenação já aplicada. Entretanto não é o que se observa nos presídios. Conforme NUCCI afirma:

“O que vem acontecendo, em todo o país, é a superlotação de presídios destinados a presos cautelares – sem condenação definitiva –, muitos dos quais respondem por crimes de mínima periculosidade e cometidos sem violência contra a pessoa. (NUCCI, 2020, p. 989)

O quadro abaixo demonstra o déficit de vagas nos presídios para os indivíduos privados de sua liberdade. O cenário não é favorável, no ano de 2021 o déficit chegou a ser mais de 467 mil vagas a menos em relação a quantidade de presos vivendo em condições precárias nos estabelecimentos superlotados.

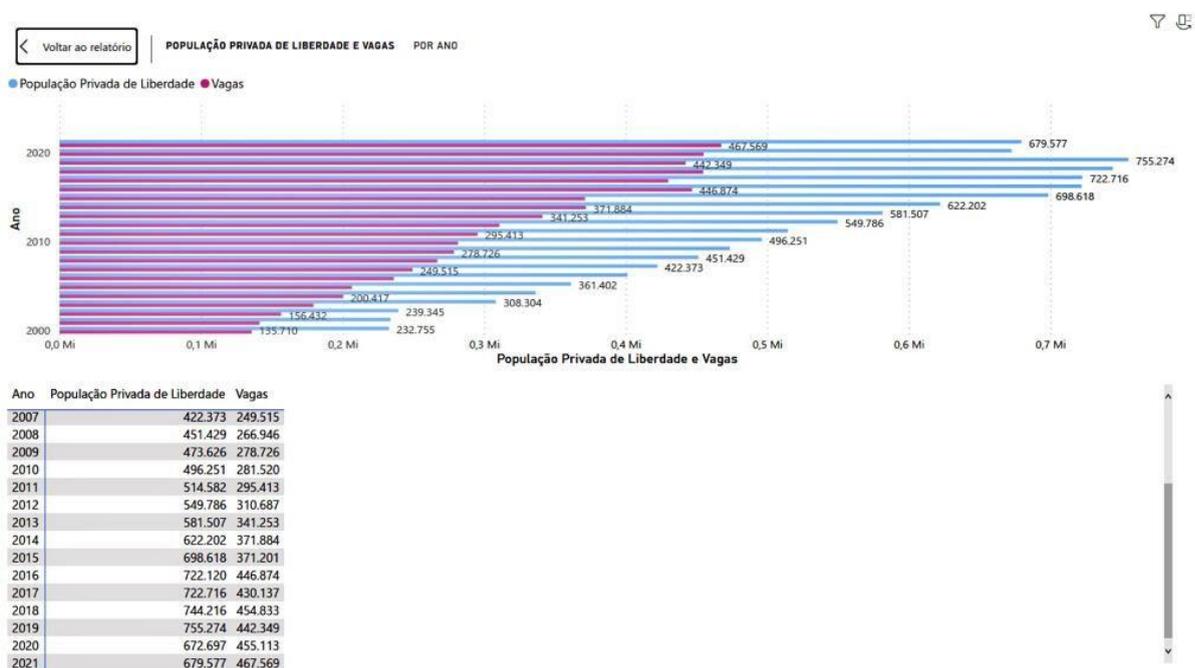


Gráfico 2: Déficit de vagas no sistema prisional brasileiro entre o ano de 2007 e 2021.
Fonte: DEPEN (2021)

Em relação à essas prisões, há evidente inclinação dos magistrados em decretarem a prisão ao invés das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, como bem observa Renato Brasileiro, tais medidas, se fossem rigorosamente observadas pelos juízes das varas criminais, reduziriam os problemas prisionais:

medidas cautelares, notadamente as de natureza pessoal, por privarem o acusado de um de seus bens mais preciosos – a liberdade –, quando ainda não há decisão definitiva sobre sua responsabilidade penal, devem possuir um caráter de ultima ratio, sendo utilizadas tão somente quando não for possível a adoção de outra medida cautelar menos gravosa, porém de igual eficácia. Além

do menor custo pessoal e familiar dessas medidas cautelares diversas da prisão, o Estado também é beneficiado com a sua adoção, porquanto poupa vultosos recursos humanos e materiais, indispensáveis à manutenção de alguém no cárcere, além de diminuir os riscos e malefícios inerentes a qualquer encarceramento, tais como a transmissão de doenças infectocontagiosas, estigmatização, criminalização do preso, etc. (LIMA, 2020, p. 929)

Ante o exposto, e corroborando com a presente análise das prisões preventivas e os presídios do Brasil, há outro problema que o cárcere acarreta quando não observadas de maneira efetiva as medidas cautelares diversas da prisão, que vai além da estigmatização do indivíduo e de problemas familiares, o fato é que, nas penitenciárias não há a efetiva separação dos presos preventivos dos condenados de fato, com sentença definitiva transitada em julgado. Por esta razão, urge a cooptação por parte das organizações criminosas, as quais oferecem uma falsa proteção e acolhimento para preso preventivo, nesse sentido:

Com efeito, o uso abusivo da prisão cautelar é medida extremamente deletéria, porquanto contribui para diluir lações familiares e profissionais, além de submeter os presos a estigmas sociais. Não à toa, os índices de reincidência no país chegam a 85%. O uso excessivo do cárcere ad custodiam também contribui para uma crescente deterioração da situação das já superlotadas e precárias penitenciárias brasileiras. Basta ver os episódios recentes envolvendo presídios em Pedrinhas, Cascavel e Porto Alegre. De mais a mais, levando-se em conta que é comum não haver qualquer separação entre presos provisórios e definitivos, nem tampouco entre presos que cometeram crimes com diferentes graus de violência, tais pessoas são expostas a um possível recrutamento por organizações criminosas, que vêm ganhando cada vez mais força em nosso sistema penitenciário. (LIMA, 2020, p. 930)

Isso significa que, embora os presos sejam de caráter provisório, e a lei recomenda que fiquem separados dos presos definitivos, esta não é uma realidade no Brasil. O que se observa é muitos estabelecimentos prisionais abrigando tanto o preso provisório como o preso definitivo, seja por insuficiência de vagas em penitenciárias, ou por falta de transferências destes para o estabelecimento prisional competente.

Entretanto, vê-se um cenário positivo após o advento da lei 13.964/19, pois tratou o legislador em exigir uma fundamentação mais específica fundada em uma situação fática contemporânea, além disso, a decretação necessita ser motivada pelas partes, não permitindo que o juiz a faça de ofício, ademais, toda decisão deverá ser fundamentada, porquanto, não permitindo que o faça apenas menções vagas de artigos, jurisprudências, teses, etc. e, por fim, o prazo nonagesimal vincula o juiz da vara criminal a revisar os fundamentos que ensejaram a decretação da medida.

Nessa senda, percebe-se uma singela diminuição nas quantidades de presos provisórios após o ano de 2019, o qual teve instituída a referida lei. A adiante, há uma tendência de diminuição desses números, como se vê abaixo com a análise do gráfico disponibilizado no sítio eletrônico do DEPEN:

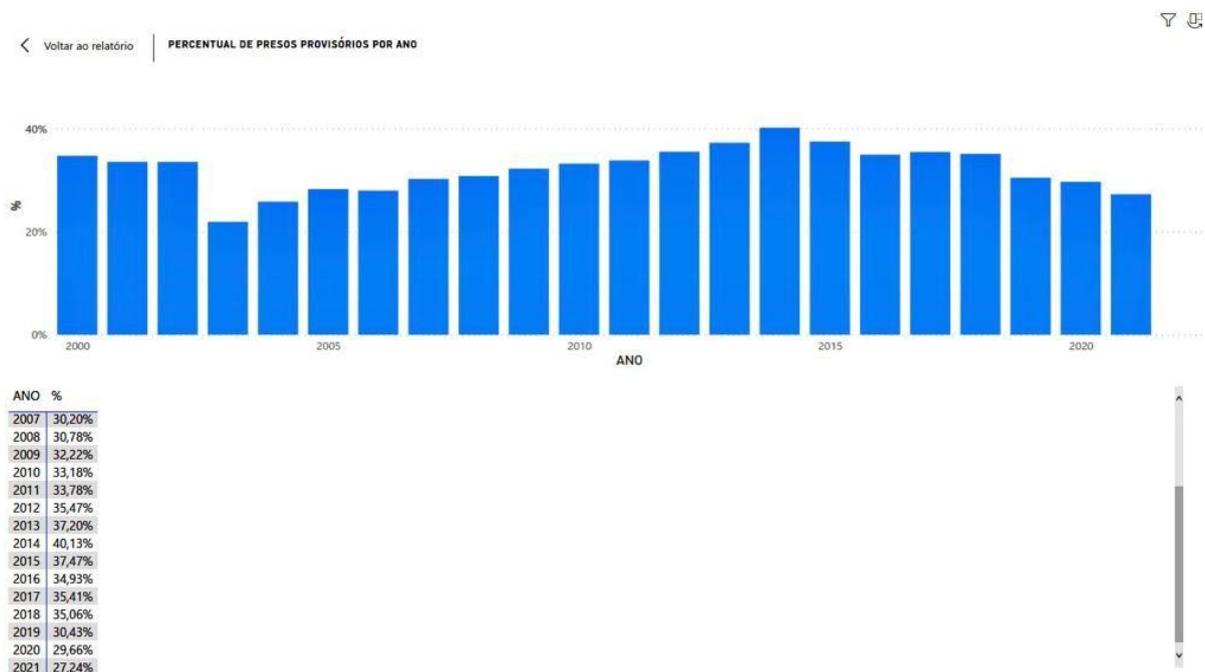


Gráfico 3: Percentual de Presos Provisórios por Ano no Brasil entre o ano de 2007 e 2021.
Fonte: DEPEN (2021)

Por fim, a alteração legislativa que tornou possível a lei 13.964/19, contribuiu efetivamente para que haja uma diminuição de presos provisórios no sistema prisional, obviamente ainda está longe do ideal, mas foi um importante passo para

que sejam erradicadas as superlotações nos presídios do País. Medidas simples como a vedação da possibilidade de decretação das medidas cautelares de ofício pelos magistrados, e até mesmo o tão controverso instituto do prazo nonagesimal, fez ocorrer esse movimento de diminuição do cárcere provisório.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal garante ao indivíduo o direito de ter sua demanda apreciada no prazo razoável, inclusive consagrado princípio da duração razoável do processo insculpido no Art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88. Nesse sentido, o Código de Processo Penal estabelece alguns prazos, os quais deverão ser perseguidos pelo magistrado, a fim de garantir essa efetividade aos indivíduos que encontram-se com demandas no judiciário. Entretanto, o que se vê é que muitos desses processos tramitam com excesso de prazo, mas que não há sanção alguma por seu descumprimento. Obviamente isso se deve ao fato da grande gama de processos em tramitação nas centenas comarcas do país.

Diante da problemática dos prazos processuais, o instituto da prisão preventiva nunca teve um prazo máximo de duração declarado em lei, sendo a prisão, em alguns casos, após impetração de habeas corpus, relaxada após suscitada a questão do excesso de prazo e decretada outra medida cautelar diversa da prisão, quando o caso concreto o reclamar. Nesse contexto, o excesso de prazo acarreta num problema de segurança pública, pois quanto mais se decreta a prisão preventiva e se esquece dos acusados nos presídios, os quais encontram-se superlotados, mais é o gasto do Estado para mantê-los segregados, aumenta-se a proliferação de doenças bem como poderão ser cooptados ao crime organizado.

Nesse contexto, observa-se que os indivíduos presos preventivamente deveriam, conforme dispõem a lei, ser separados dos presos já com condenação aplicada, e separados em razão da gravidade do delito. Todavia, pela falta de vagas no sistema prisional, estes acabam convivendo juntos.

A lei 13.964/19 foi bem recepcionada pelos juristas no tocante à obrigatoriedade da manutenção da prisão preventiva a cada 90 dias, o qual trouxe uma singela resposta a ser refletida no sistema prisional. Porquanto se observa uma tendência de redução dos presos provisórios nos estabelecimentos prisionais.

Aliado a isso, foi retirado dos juízes a possibilidade de decretação da medida cautelar de ofício, razão pela qual se observa reflexos no sistema prisional.

Espera-se que os juízes das varas criminais, bem como os desembargadores dos tribunais de segunda instância, tenham preferência à decretação de medida cautelar diversa da prisão, pois na maioria dos casos, existe a possibilidade de que essa medida tenha eficácia para assegurar a persecução penal. Destinada ao fim para o qual fora criado, e não como uma resposta ao clamor da mídia, desvirtuando tal medida.

Ainda que as cortes superiores do País tenham adotado um posicionamento no sentido de evitar a sanção imposta pelo art. 316, parágrafo único, de tornar a prisão ilegal, caminha na contramão da intenção do legislador quanto à referida imposição legislativa. Todavia, em caso de descumprimento da observação do prazo nonagesimal, cabe a defesa a impetração de habeas corpus com a finalidade de sopesar a segregação do indivíduo. Pois a pena do cárcere é, de longe, medida de *ultima ratio*, devendo, de fato, assumir essa posição no judiciário do País.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Elaine. **A natureza Jurídica da Prisão Preventiva**. Revista dos Tribunais: RT, v. 103, n. 941, mar. 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; Lopes Jr., Aury. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Editora Lumens juris, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 Set.2022.

BRASIL. Decreto Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Planalto: portal de legislação. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 25 Set.2022.

BRASIL. Decreto Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Planalto: portal de legislação. Rio de Janeiro, em 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689.htm. Acesso em: 25 Set.2022.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei no 7.210, de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 25 Set.2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de informações Penitenciárias – INFOPEN**. Brasília: DEPEN/MJ, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depem/pt-br/servicos/sisdepem>. Acesso em: 15 Set.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Habeas Corpus 85.922/SP**. Cinco homicídios qualificados consumados e seis tentados. Prisão preventiva. Decisão fundamentada. Periculosidade concreta. Garantia da ordem pública. Ordem denegada. Impetrante: Laurindo Aparecido dos Santos. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Paulo Gallotti, 29 de abril de 2008. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaediacao&livre=@cod=%270354%27>. Acesso em: 27/09/2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Medida Cautelar nas ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/ Distrito Federal- DF**. Relator Ministro Luiz Fux, Pesquisa de jurisprudência, 26 set.2022. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26 set.2022.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Cruz. - 2.ed. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011. 246p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, RJ : Vozes, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES JR., Aury. **Pacote anticrime: um ano depois**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2004. p. 803).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PRADO, L. R; Prezzi, D. S. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito Processual Penal** / Alexandre Cebrian Araújo Reis, Victor Eduardo. Rios Gonçalves ; organizado por Pedro Lenza. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

REIS, Thiago Nascimento dos. **Prisão provisória: Recentes reformas e próximos passos à luz do sistema interamericano de direitos humanos**. IBCCRIM, São Paulo, Boletim 330, p. 31-36, Especial lei anticrime, maio de 2020.