

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO

Gustavo Luís Banaszkeski

A FALTA DA FIXAÇÃO DE PRAZO NA PRISÃO  
PREVENTIVA

Passo Fundo

2019

Gustavo Luís Banaszkeski

## A FALTA DA FIXAÇÃO DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA

Monografia Jurídica apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Doutor Gabriel Antinolfi Divan.

Passo Fundo

2019

À minha família e ao meu orientador, Professor  
Doutor Gabriel Antinolfi Divan, obrigado pela ajuda  
determinante.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CF: Constituição Federal

CP: Código Penal

CPP: Código de Processo Penal

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

## RESUMO

A presente monografia jurídica tem como propósito analisar as ideias doutrinárias acerca da falta da fixação de prazo na prisão preventiva em nosso ordenamento jurídico. Desse modo, a pesquisa se justifica pela pertinência dentro do meio acadêmico pois compreenderá o atual entendimento doutrinário sobre o assunto, apresentando as posições de cada autor. Respalda-se também devido ao total esquecimento do legislador sobre o assunto, que apenas prevê a existência da medida cautelar de prisão preventiva do acusado, desde que presente seus pressupostos e requisitos, mas se omite na questão do prazo máximo que a medida poderá vigorar. A falta de estipulação de prazo para a prisão preventiva ou até mesmo para uma revisão periódica da medida decretada poderá trazer uma série de danos no processo penal e principalmente para o acusado que, a título de exemplo, poderá passar toda a instrução do feito no cárcere e, ao final do processo, ser absolvido. O ponto crucial é analisar, de início, as garantias e direitos processuais penais, passando para a análise da disciplina legal da prisão preventiva, como e quando pode ser decretada, além de analisar as posições doutrinárias sobre a falta de prazo na prisão preventiva e seus danos decorrentes. A produção desta monografia trabalho se deu mediante a análise bibliográfica sobre o assunto. Após a elaboração desse trabalho, a conclusão que se tem é que a maioria da doutrina critica firmemente a falta de fixação de prazo para a prisão preventiva, exigindo uma posição objetiva e clara do legislador nesse sentido. Outrossim, por ora, o instituto do habeas corpus pode ser um remédio constitucional nos casos de prisões preventivas indevidas.

**Palavras chave:** Medidas Cautelares, Prazo, Prisão Preventiva, Direito Processual Penal.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	7
1. GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	9
1.1. O processo como garantias .....	9
1.2. A presunção de inocência e o status libertatis .....	12
1.3. A liberdade como regra .....	15
2. PRISÃO CAUTELAR E LIBERDADE PROVISÓRIA .....	20
2.1. Cautelaridade no processo criminalidade .....	20
2.2. As cautelares alternativas e a liberdade provisória .....	24
2.3. Disciplina legal da prisão preventiva no ordenamento brasileiro .....	29
3. UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA: A QUESTÃO DO PRAZO NECESSÁRIO .....	35
3.1. A ausência de disciplina legal sobre o prazo prisional .....	36
3.2. A presunção de inocência frente a prisão preventiva: a duração razoável do processo .....	39
3.3. Danos possíveis decorrentes e sua indenização .....	41
3.4. Habeas Corpus e sua funcionalidade .....	44
CONCLUSÃO .....	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	52

## INTRODUÇÃO

A cautelaridade no processo penal é necessária, tanto para proteger o processo e sua instrução, como para proteger os interesses da sociedade. Há previsão de diversas medidas cautelares, que se dividem em medidas cautelares diversas da prisão e prisões cautelares. De outro lado, temos as garantias processuais penais, que deverão ser observadas e respeitadas impreterivelmente ao indivíduo que ostenta o polo passivo de um processo criminal.

Qualquer medida imposta ao réu, em especial a prisão preventiva, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória é medida drástica e totalmente excepcional, porquanto, sua aplicação fica condicionada a uma série de requisitos e pressupostos que devem ser analisados conjuntamente, sendo que a falta de um, acarretará a impossibilidade da aplicação da medida.

Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, a fixação de um prazo máximo de duração da prisão preventiva, podendo ela perdurar até o final do processo. Nesse ponto, há que se ter em mente que, apesar de a Constituição Federal prever expressamente o princípio da duração razoável do processo, é sabido que um processo criminal é demorado, há a parte investigativa, posteriormente a instrução, com eventuais oitivas de testemunhas, pluralidade de réus, etc.

De outro lado, nada impede que o indivíduo, preso preventivamente, seja absolvido ao final do processo, ou seja, o acusado pode passar toda a instrução do feito no cárcere, aguardando uma resposta jurisdicional muitas vezes extremamente demorada, e, ostentar uma absolvição no final do processo, seja por falta de provas, seja porque provou que estava em outro lugar no dia dos fatos, etc.

Não há no nosso ordenamento jurídico, portanto, a estipulação de um prazo para a prisão preventiva ou uma revisão periódica para a manutenção ou não da medida, tampouco eventual indenização no caso de o réu, preso preventivamente, ser absolvido ao final do processo ou ter cumprido uma pena maior de forma preventiva, que a estipulada em sentença.

Desse modo, o objetivo deste trabalho é analisar quais são os remédios existentes atualmente para esse problema jurídico e quais as alterações legislativas que seriam ideais a fim de resolvê-lo. Primeiramente, faremos uma análise das garantias processuais penais, em especial a presunção de inocência, destacando a excepcionalidade da aplicação das medidas cautelares.

Após isso, haverá um capítulo dedicado à cautelaridade do processo penal, à aplicação das medidas cautelares diversas da prisão e um estudo da liberdade provisória. Outrossim, também na segunda parte deste trabalho, será analisada objetivamente a disciplina legal da

prisão preventiva, seu momento de decretação, requisitos, pressupostos, bem como sua revogação.

Por fim, será analisada a posição doutrinária acerca da falta da fixação de prazo máximo de duração para a prisão preventiva. Fará um contraponto entre o princípio da duração razoável do processo e a necessidade de serem respeitadas todas as garantias processuais penais previstas para o acusado, além de apontar eventuais danos possíveis decorrentes da prisão preventiva e suas indenizações. Esse capítulo também se destina a analisar o habeas corpus, sua funcionalidade e a forma de atuação como verdadeiro remédio constitucional por conta da não fixação de prazo na prisão preventiva.



## **1 GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A restrição da liberdade é medida excepcional, que afeta a dignidade da pessoa, devendo ser aplicada somente quando foi necessária e proporcional ao caso concreto, e não possuir outra forma menos gravosa de retribuição/ressocialização do autor do fato. Dessa maneira, Somente garantindo os direitos do acusado é que se terá uma resposta jurídica justa ao final do processo, tanto para o réu quanto para a sociedade, que sempre clama por respostas firmes do Poder Judiciário.

Vislumbra-se que um dos papéis das garantias processuais penais, assim como dos direitos fundamentais, está na limitação do poder estatal na esfera individual, na medida que, quando houver eventual restrição de um direito, essa deverá ser necessária e proporcional ao caso concreto.

No nosso atual ordenamento jurídico, temos como garantias processuais penais o contraditório, ampla defesa, motivação das decisões judiciais, presunção de inocência, imparcialidade do julgador, publicidade dos atos, dentre outras. Todas têm o condão de assegurar os direitos individuais do cidadão que figura no polo passivo de um processo penal e aparecem com o intuito de justificar eventual restrição de um direito individual, como dito acima.

Inegável que há colisão entre o processo penal e os direitos fundamentais. Quando há restrição ao direito de liberdade (exemplo mais lembrado nesses casos), as garantias processuais penais agem a fim de permitir e justificar tal restrição. Nunca é demais lembrar que nenhum direito fundamental é absoluto, ou seja, esporadicamente ocorrerá a restrição a um direito fundamental.

O primeiro capítulo deste trabalho visa expor, portanto, as garantias processuais penais. Nele veremos alguns princípios constitucionais aplicáveis no processo penal, dando destaque ao princípio da presunção de inocência frente aos atos do processo penal (como a aplicação de medidas cautelares), e à excepcionalidade de tais medidas (em especial as prisões cautelares).

### **1.1 O processo como garantia**

O Estado detém o poder jurisdicional, poder que emana das vontades da sociedade, devendo, portanto, se reverter em prol dessa. Qualquer ato provindo do Estado e, especificadamente, falando da esfera penal, deverá atender às necessidades da sociedade, ser necessário e proporcional, analisando-se cada fato individualmente.

O nome desse poder estatal de punir chama-se *jus puniendi*. No exercício desse direito de punir, portanto, o Estado deverá respeitar as garantias processuais penais e constitucionais. Assim, a forma de exercer esse direito do Estado se dá através do processo criminal, que deve estar coberto por tudo o que determinam as normas de direito processual penal, sob pena de grave ofensa aos direitos fundamentais.

Quando é desrespeitada uma norma penal, surge o *jus puniendi*, ou seja, aparece o Estado para reprimir a conduta tipificada como crime. Contudo, não pode o Estado punir imediatamente, sem proporcionar ao acusado as oportunidades de defesa. É necessário provar a materialidade e autoria do crime perante o Poder Judiciário, que somente ao final do processo, poderá proferir uma sentença condenatória, aplicando uma pena ao réu (REIS; GONÇALVES, 2017, p. 31).

Em outras palavras, deve-se partir do pressuposto de que após o cometimento de um crime, não é de imediato que ocorre a aplicação da pena e seu efetivo cumprimento, há um longo caminho que deve ser respeitado. Não é demais repisar que deve haver a acusação, que busca provar a materialidade e autoria do delito, bem como deve ser proporcionada a defesa do acusado, a fim de possibilitar, somente aí, a aplicação de uma medida punitiva.

Precisa a lição de Aury Lopes Jr. (2018, p. 35) onde diz que o entendimento deve ser de que respeitar as garantias fundamentais não simboliza impunidade e não é isso que se defende. O processo criminal é o meio de se chegar de uma forma válida em eventual pena. Dessa forma, somente se aceita a existência de uma pena, quando respeitadas as garantias do acusado, ou seja, quando for observado o devido processo legal.

Alexandre Cebrian e Victor Gonçalves (2017, p. 31) falam em “conflito de interesses”, na medida em que, tem-se, de um lado, o Estado buscando exercer seu direito de *jus puniendi*, e de outro, há o acusado usufruindo de suas garantias constitucionais. Acrescentam os autores que é o Poder Judiciário quem dará a decisão final. Aceita a acusação, dará início à ação penal, sendo que durante seu andamento, terão de ser observadas as normas que determinam o processamento do processo criminal.

Tourinho Filho (2011, p. 46) aduz que, em verdade, quem exerce a punição é a própria sociedade. Acrescenta, o autor, que é de conhecimento de todos que a prática de delitos afetam a ordem pública, sendo que a sociedade é a maior vítima, por esse motivo, possui o direito de reprimir e prevenir as condutas à ela lesivas.

Na mesma linha, Nestor Távora (2014, p. 40), em relação à finalidade do direito penal, menciona que é dividida em mediata e imediata. A finalidade mediata estaria ligada à

pacificação social provinda da resolução do conflito, enquanto a finalidade imediata traria o direito processual penal como viabilizador da realização do direito penal.

Assim, tem-se que o *jus puniendi* é a repressão dos delitos, conforme acima assinalado. Esse direito, e ao mesmo tempo dever do Estado em repreender as condutas que afrontam as normas previamente estabelecidas de convívio em sociedade, é exercido buscando “castigar” a conduta, bem como prevenir, evitando que novos atos se consumem.

Os direitos fundamentais são as garantias básicas do cidadão. Sua origem, na precisa lição de Guilherme Nucci, (2014, p. 16), foi para afrontar os excessos, exageros estatais, reconhecendo que o cidadão possui valores que estão além do alcance do Estado, e que não serão restringidos sem norma prévia que assim o dispunha.

Nas palavras de Lopes Jr. (2018, p. 57), a todo poder deve ser imposto limites, pois tende a ser autoritário, assim, as garantias são “escudos protetores”. O Poder Judiciário tem sua função de garantidor dos direitos fundamentais. Nesse compasso, o juiz, no processo penal, deve atuar como garantidor dos direitos do acusado. Ainda, aduz que o processo penal deve ser fundado pelos princípios constitucionais (LOPES JR., 2018, p. 58).

Merecedor de destaque é o princípio do devido processo legal, princípio que engloba os demais existentes na esfera do processo penal, expressamente previsto no art. 5º, inciso LIV, da CF. Ora, a título de exemplo, é impossível proporcionar o contraditório sem observar as normas gerais contidas no CPP, ou seja, sem observar o devido processo legal (RANGEL, 2010, p. 4). Outrossim, o andamento regular do processo criminal é a garantia de respeito aos direitos do acusado, sendo inadmissível a restrição a um direito sem haver previsão legal da mesma.

A garantia, seja ela processual penal, ou constitucional, se relaciona estritamente com o conceito de direito. O devido processo legal, nesse panorama, é uma garantia da liberdade, todavia, também trata-se de um direito, observado pela ampla defesa e pelo contraditório (NUCCI, 2014, p. 21).

De forma magistral, Nucci (2014, p. 32), ainda comenta que dois são os princípios que preparam a regência dos demais, garantindo assim o respeito aos direitos e garantias fundamentais: o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana.

Em um Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana é primordial. Especificamente tratando-se de direito processual penal, muito se fala em dignidade da pessoa humana, ora, temos de um lado a acusação, buscando a condenação do réu durante a instrução processual e, de outro, o cidadão que ostenta o polo passivo de um processo criminal, buscando a absolvição, não raras as vezes tendo razão na pretensão defensiva que formula. Sobre o tema, Nucci esclarece:

Há dois prismas para o princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana: objetivo e subjetivo. Sob o aspecto objetivo, significa a garantia de um *mínimo existencial* ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixados pelo art. 7.º, IV, da CF. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência.

[...]

O devido processo legal guarda suas raízes no princípio da legalidade, garantindo ao indivíduo que somente seja processado e punido se houver lei penal anterior definindo determinada conduta como crime, cominando-lhe pena. Além disso, modernamente, representa a união de todos os princípios penais e processuais penais, indicativo da regularidade impar do processo criminal (2014, p. 33).

Conforme defendido até aqui, o processo deve ser protegido por todas as diversas garantias individuais que o acusado possui, sobretudo em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Os princípios do contraditório e ampla defesa são excelentes exemplos, sempre lembrados na doutrina. O acusado no processo criminal inegavelmente é a parte mais fraca da relação processual, é contra ele que há uma pretensão acusatória imputando-lhe fatos típicos. Por outro lado, não pode exigir do acusado que faça prova negativa de suas ações, ou seja, o órgão acusador deve provar que o réu é culpado, e não se pode exigir que esse prove que é inocente, é o que preleciona também o princípio da presunção de inocência (TÁVORA, 2014, p. 61).

O que se quer deixar claro é que no processo penal deve-se interpretar os fatos concretos e as regras e garantias processuais, com o objetivo de, ao final da ação penal, obter-se a melhor resposta para aquele caso concreto individual, ou seja, para obter-se a resposta justa acerca daquela pretensão inicial apresentada contra o acusado.

## **1.2 A presunção de inocência e o *status libertatis***

O princípio da presunção de inocência não era expressamente previsto nas Constituições brasileiras anteriores à de 1988, apesar de possuírem um capítulo destinado aos Direitos e Garantias Individuais. Limitavam-se a dizer que os direitos e garantias contidos na Constituição não excluía os outros direitos e garantias provindos dos princípios nela adotados (GIACOMOLLI, 2014, p. 91). Foi somente com o advento da Constituição Federal de 1988 que o princípio da presunção de inocência ganhou previsão expressa, no seu art. 5º, inciso LVII (GIACOMOLLI, 2014, p. 92).

Especificamente em relação ao *status libertatis*, essa expressão em latim que significa “estado de liberdade” é um princípio de forte valor político e jurídico, que serve como ideia e base do processo penal. Quando aplicado, o *status libertatis* deve observar os direitos essenciais e a dignidade da pessoa humana, afastando os pensamentos contrários, que partiam da presunção de culpabilidade da pessoa. A adoção desse princípio se revela como uma forma humanitária do processo penal, vinculada à opção constitucional de um Estado (GIACOMOLLI, 2014, p. 94-95).

É praticamente impossível a exata reprodução do fato criminoso em juízo. Mesmo quando a prova é feita através de câmeras de segurança, testemunhas oculares, ou até mesmo réu confesso, sempre o que é colhido na instrução processual é uma versão indireta do que aconteceu, capaz de tipificar o fato.

Nota-se que quando a prova é frágil, ou seja, quando inexistente prova robusta quanto à autoria e materialidade do delito, imprescindível a prolação de sentença absolutória em favor do réu, respeitando o princípio do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência.

Távora (2014, p. 62) traz a presunção de inocência como sinônimo da presunção de não culpabilidade. Aduz o autor que são expressões que se equivalem, apesar de a redação do art. 5º, inciso LVII, da CF, onde está expresso o referido princípio, ter esboçado uma distinção entre as duas expressões.

No mesmo sentido, Giacomolli (2014, p. 92-93) preleciona que a formulação positiva do princípio (presunção de inocência) e a formulação negativa (presunção de não culpabilidade) não possuem distinção, são expressões que se equivalem. Fazer alguma distinção entre as duas expressões é reduzir o alcance do *status libertatis*, ou seja, do estado de inocência do acusado.

A presunção de inocência estabelece um “*dever de tratamento*”, impondo que o réu deve ser tratado como um inocente. Esse dever de tratamento, conforme lição de Lopes Jr. (2018, p. 96-97), atua tanto na dimensão interna ao processo, quanto na dimensão externa a ele. Na primeira, impõe-se um dever de tratamento por parte do juiz, que deve deixar toda a carga probatória da acusação a cargo do acusador. Ademais, ainda na esfera interna, atua coibindo as prisões cautelares, ou seja, como alguém que deve ser considerado inocente tem uma prisão cautelar decretada em seu desfavor? Por outro lado, na esfera exterior ao processo, a presunção de inocência atua na proteção da publicidade abusiva e na criação de estigma social contra o acusado, que, importante frisar, não ostenta uma condenação penal transitada em julgado nessa fase processual.

Ainda acerca do dever de tratamento que a presunção de inocência implica para com todos os suspeitos, acusados e condenados, Giacomolli (2014, p. 94) repisa que incumbe ao

órgão acusador retirar o *status libertatis* (estado de liberdade) do acusado em todos os sentidos: autoria do fato, existência do delito, juntando aos autos vasto caderno probatório a fim de possibilitar eventual condenação. Todavia, esse ônus probatório da acusação não retira a chance do réu provar sua inocência. O que quer se deixar claro é que a manutenção do *status libertatis* é a regra.

Rangel (2010, p. 28), fala que a correta aplicação do princípio da presunção de inocência refere-se ao ônus da prova. Aduz que não é o acusado que deve provar sua inocência, mas sim o Ministério Público provar a sua culpa, conforme já comentado anteriormente.

Ainda, o autor explicita os incisos I e II do art. 386 do CPP, a fim de deixar claro o ônus da prova no processo penal. Assim, em relação ao inciso I, onde diz que o juiz absolverá o acusado se estar provada a inexistência do fato, cabe ao Ministério Público provar a materialidade do fato através do exame de corpo de delito. Quanto ao inciso II, que menciona a hipótese de não haver prova da existência do fato, isto é, o fato até pode ter acontecido, no entanto, o Ministério Público não conseguiu a comprovação, nesse caso, incide o princípio da presunção de inocência, prolatando-se uma sentença absolutória em favor do réu (RANGEL, 2010, p. 28).

Sobre o tema, já decidiu o STF, sendo que, tratando-se do estado de inocência, não é admitida a inversão do ônus da prova, a qual é de inteira responsabilidade do órgão acusador, na medida em que a insuficiência probatória é decidida em favor do réu (HC 103.225, rel. Min. Joaquim Barbosa, de 2011 apud GIACOMOLLI, 2014, p. 97).

Nessa triagem de que o ônus da prova é da acusação, não admitindo a inversão do ônus, nota-se que não possui amparo constitucional o art. 209 do CPP, que faculta ao julgador ouvir testemunhas que não foram arroladas pelas partes, tratando-se de grave violação ao sistema acusatório do processo penal brasileiro (GIACOMOLLI, 2014, p. 97).

Acrescenta, o autor (2014, p. 96), que mesmo quando os fatos parecem ser incontroversos, ou havendo tão somente a confissão do réu, não há a exclusão do referido encargo da acusação. Em outras palavras, não prospera a presunção de veracidade da peça acusatória, como ocorre no processo civil.

O princípio da presunção de inocência implica que deve haver justificação fundamentada em cada ato processual que é realizado ou não, como o uso indevido de algemas, os atos investigatórios, o abuso da publicidade, por meio de entrevistas da polícia ou do Ministério Público, etc. O afastamento da inocência em um processo não afasta a presunção de inocência em outro, que eventualmente venha a ser acusado. Por esse motivo, o processo penal não deve se basear no que o acusado foi ou é, ou seja, se basear no direito penal do autor, mas

sim no fato individual concreto que é minuciado na denúncia, ou seja, no direito penal do fato (GIACOMOLLI, 2014, p. 99).

Abordando as excepcionalidades do princípio da presunção de inocência, Nucci (2014, p. 34), traz como exemplo as medidas cautelares de prisão, uma vez que acusados considerados inocentes, podem ter suas prisões preventivas decretadas quando forem necessárias, devendo haver fundamentação vasta nesse sentido.

O princípio da presunção de inocência não proíbe o instituto da prisão preventiva, por exemplo, tendo em vista que até mesmo a CF prevê expressamente a possibilidade de prisão em flagrante, ou por determinação fundamentada de juiz competente. Contudo, as prisões decretadas sem que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado são medidas excepcionais, que somente serão admitidas quando houver proporção e necessidade em cada caso concreto. Ademais, importante lembrar do instituto da detração penal, ou seja, o tempo cumprido de prisão cautelar deverá ser abatido de eventual pena imposta ao réu, em caso de condenação (REIS E GONÇALVES, 2017, p. 387).

Assim, o princípio da presunção de inocência implica no dever de o acusado ser efetivamente tratado como inocente do fato que lhe está sendo imputado, até que seja determinado o contrário, o que ocorre somente com o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória. Ademais, não deverá ser tratado como inocente somente em um viés de aplicação ou não de uma medida cautelar, ou no caso de condenação ou absolvição, mas também quanto ao ônus da prova, que recai todo sob a acusação, não sendo ilícito exigir ao réu que prove ser inocente.

### **1.3 A liberdade como regra**

Uma vez que o processo penal parte do pressuposto do estado de inocência do acusado (*status libertatis*), a regra é a liberdade do mesmo. Para a manutenção da liberdade há maneiras previstas pelo ordenamento jurídico, citando-se, a título de exemplo, o habeas corpus. Nesse compasso, a prisão somente se justifica quando há uma sentença condenatória transitada em julgado, sendo que temos as prisões processuais (flagrante, preventiva ou temporária) como verdadeiras exceções. (GIACOMOLLI, 2014, p. 95).

Távora (2014, p. 61), no mesmo sentido, preleciona que antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória somos presumidos inocentes, sendo que o encarceramento cautelar só poderá ocorrer em casos excepcionais. Dessa forma, a regra é a liberdade, e a prisão cautelar, ou seja, antes do trânsito em julgado, deve ser tida como medida de extrema exceção.

Entendendo-se que a liberdade é a regra, temos que a prisão preventiva é a última alternativa que o juiz deve olhar no caso concreto. Antes de analisar a possibilidade e necessidade de prender o acusado sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, há de ver a possibilidade de concessão da liberdade provisória, ou outras medidas cautelares diversas da prisão (GIACOMOLLI, 2014, p. 101).

Alexandre Cebrian e Victor Gonçalves possuem a mesma perspectiva (2017, p. 411). Aduzem os autores que a prisão preventiva, ou seja, o encarceramento do acusado antes de se dar por findo o processo é medida excepcional, apesar de ser comum sua decretação, tendo em vista os altos índices de criminalidade no país.

Importante frisar, conforme preleção de Rangel (2010, p. 751), que não se pode confundir prisão cautelar com combate à violência. A prática de eventuais delitos não é culpa da não decretação de prisões cautelares, ou seja, não se pode culpar o Poder Judiciário em casos que na verdade são políticas públicas de responsabilidade do Poder Executivo.

A decretação da prisão preventiva, conforme magistério de Reis e Gonçalves (2017, p. 411), deve ter fundamentação vasta, não bastando, por exemplo, o magistrado alegar a gravidade do crime imputado ao acusado. Ora, sequer nos crimes considerados hediondos (Lei nº 8.072/1990) a preventiva possui incidência de forma automática.

Acrescentam, outrossim, que não pode o juiz decretar a prisão preventiva fazendo através de mero deferimento do pedido ministerial, ou seja, não pode usar somente a fundamentação da acusação ou da autoridade policial para decidir pelo encarceramento do acusado. Em se tratando de mais de um autor do crime, a decisão deve ser individual, analisando a situação de cada réu, a fim de obter-se o desfecho mais justo em cada caso concreto (REIS; GONÇALVES, 2017, p. 412).

Precisa a lição de Lopes Jr. (2018, p. 581) onde afirma que a presunção de inocência é um princípio humanitário, na medida em que apesar de um culpável poder sair impune, o objetivo é que todos os inocentes estejam protegidos.

O autor acrescenta que, comparando o princípio da jurisdicionalidade com o da presunção de inocência, as prisões cautelares não seriam aceitas, admissíveis no nosso ordenamento. Todavia, sempre foi buscado justificáveis para as prisões cautelares. O autor fala em “cruel necessidade”, dessa feita, quando a prisão cautelar decretada é devidamente fundamentada, sendo proporcional e necessária, seria suportada (LOPES JR., 2018, p. 588).

Abordando a liberdade como regra, tem-se que um dos principais princípios relacionados com o tema é o princípio do *in dubio pro reo*, o qual preleciona que havendo



qualquer tipo de dúvida no conjunto probatório coligido nos autos, deverá ser valorada em favor do réu, absolvendo-o da acusação (GIACOMOLLI, 2014, p. 97).

Giacomolli (2014, p. 98) complementa que a prova será suficiente para ensejar um juízo condenatório quando afastar as dúvidas acerca da existência e autoria do crime e proporcionar solidez para dar razão à pretensão acusatória. Outrossim, a suficiência probatória não está necessariamente ligada a quantidade de provas, mas sim na qualidade dessas, sem isso, não haverá condenação.

Frisa-se, ademais, que o princípio do *in dubio pro reo* não possui incidência apenas em relação à eventual absolvição ou condenação, mas também nos demais desdobramentos de um processo penal (qualificadoras, dosimetria da pena, concurso de crimes, etc.) (GIACOMOLLI, 2014, p. 99).

A prisão cautelar é, portanto, somente permitida quando for efetivamente necessária para a instrução criminal. Tourinho Filho trata o instituto da prisão preventiva como “providência odiosa”, destacando os perigos da prisão de alguém antes da sua condenação transitada em julgado. Nesse sentido, um trecho de sua obra:

Trata-se de providência odiosa, pois todos sabemos o perigo que representa a prisão do cidadão antes de ter sido reconhecido definitivamente culpado. E se vier a ser absolvido? Se o for, por certo o Estado, titular do direito de punir, não tinha nenhuma pretensão punitiva, e, se não havia pretensão, a que título ficou ele preso? Quem lhe indenizaria os prejuízos morais e materiais decorrentes de uma prisão injusta? Na França, o art. 149 do *Code de Procédure Pénale* e, em Portugal, o art. 225º do CPP de 1988 admitem uma indenização por privação da liberdade ilegal ou injustificada. Entre nós, o único preceito existente é o inciso LXXV do art. 5º da CF: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”, que, como visto, não pode ser invocado como fundamento para aquele que ficou preso antes do definitivo decreto condenatório injustificadamente... (2011, p. 497-498).

Somente após o trânsito em julgado é que se esgota o princípio da presunção de inocência. Uma vez que deve ser observado com extremo cuidado a restrição do direito de liberdade da pessoa, até mesmo quando do trânsito em julgado, eventual prisão feita no início ou durante o curso do processo, deverá passar por um verdadeiro filtro dentro do Poder Judiciário, observando-se sempre a necessidade da imposição de tal medida. Sobre o tema, a preciosa lição, ainda, de Tourinho Filho:

Evidente que não se pode interpretar o princípio da presunção de inocência literalmente, ao pé da letra... Do contrário não poderia haver processo... Significa simplesmente que o réu não pode sofrer pena antecipadamente. Parece claro, pois, que toda e qualquer prisão que antecede a um decreto condenatório definitivo deve estar limitada ao estritamente necessário. (2011. p. 499).

Sobre a excepcionalidade da prisão preventiva, dois dispositivos têm elevado destaque, são eles o art. 282, § 6º, bem como o art. 310, inciso II, ambos do CPP. O primeiro fala que a prisão preventiva só será decretada quando não for cabível a aplicação de outra medida cautelar. O último preleciona que em caso de prisão em flagrante, o juiz poderá converter em preventiva se se revelarem inadequados ou insuficientes as medidas cautelares diversas do encarceramento do acusado (LOPES JR., 2018, p. 595).

Aury (2018, p. 596) acresce que, nesse quadro, entende-se que a excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade deverão ser analisadas conjuntamente, a fim de possibilitar a legalização da decretação da preventiva.

Tourinho Filho (2011, p. 677) traz que qualquer prisão que anteceda a sentença penal condenatória transitada em julgado é “medida drástica”, devendo ser aplicada, portanto, somente em casos extremos, tendo em vista, inclusive, o dano insanável causado aos réus que são absolvidos ao final do processo. De outro lado, fala em medida de “incontrastável necessidade” encontrando suporte no nosso ordenamento jurídico.

No mesmo sentido, Norberto Avena (2014, p. 962) diz que em que pese o caráter de excepcionalidade das prisões cautelares, legalizadas somente quando a liberdade do acusado possa embaraçar a prestação da jurisdição, a prisão preventiva não viola o princípio da presunção de inocência. Aduz o autor que a referida medida não possui o caráter de pena, mas apenas o encarceramento do acusado para fins processuais.

Paulo Rangel (2010, p. 841) também abarca a excepcionalidade das prisões processuais. Explica o autor que a Constituição Federal prevê expressamente o direito da liberdade de locomoção do indivíduo (art. 5º, inciso XV, da CF). Dessa forma, o encarceramento do indivíduo não é a regra, mas sim a exceção, sendo que existem as garantias constitucionais e processuais penais a fim de proteger o cidadão, a respeito do *habeas corpus*.

Como vimos até aqui, a doutrina majoritária é praticamente uníssona ao admitir que a liberdade é a regra no processo penal. Muito se fala em “mal necessário” acerca das prisões cautelares, entretanto, só se legitima a decretação da provisória em casos de efetiva necessidade. Se possível e efetivas no caso concreto, sempre deverão ser aplicadas medidas cautelares menos gravosas que a prisão, considerando ao máximo o acusado como inocente durante o curso da instrução criminal (TOURINHO FILHO, 2011, p. 690).

Portanto, conclui-se que as prisões cautelares e as medidas cautelares em geral são medidas totalmente excepcionais. A regra do processo penal é o indivíduo respondê-lo em liberdade, sendo que prisões decretadas antes do trânsito em julgado da sentença penal

condenatória são extremamente radicais. O tema muito tem a ver com a presunção de inocência, abordada no tópico anterior, na medida que não se pode decretar a prisão preventiva do acusado, por exemplo, por ter apenas leves indícios do crime, ou por conta da gravidade do delito imputado.

## **2 PRISÃO CAUTELAR E LIBERDADE PROVISÓRIA**

É um entendimento já consolidado que as medidas cautelares e, em especial, as prisões cautelares são necessárias no nosso ordenamento jurídico. Tem como principais justificativas para a decretação da prisão preventiva, por exemplo, a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a garantia de aplicação da lei penal, ou seja, prender o acusado se justificaria, nesses casos, pois solto poderá cometer novos delitos ou atrapalhar as investigações em andamento ou até furtar-se da aplicação da lei penal.

Tem-se, por outro lado, que as medidas cautelares em geral, e não somente as prisões, aplicadas antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, feriria princípios constitucionais, em especial o da presunção de inocência, conforme já assinalado no primeiro capítulo deste trabalho.

Em contraponto às prisões cautelares temos o instituto da liberdade provisória, prevista no artigo 310, inciso III e parágrafo único. Da leitura do dispositivo, temos que o magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, poderá relaxar a prisão, se essa for ilegal, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, caso presentes os requisitos e pressupostos para essa e se forem insuficientes as medidas diversas da prisão e, por último, poderá conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Com o advento da Lei nº 12.403, de maio de 2011, entende-se que a liberdade provisória, quando concedida, trata-se muitas vezes também de cautelar diversa da prisão, vez que extremamente raras as vezes em que é desacompanhada de outras medidas cautelares, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. A título de exemplo, basta citar a aplicação da liberdade provisória com fiança, momento em que incide o inciso VIII do artigo 319 do CPP.

Dessa forma, partindo-se do pressuposto de que a liberdade é a regra e a prisão é a exceção, deverá o Magistrado analisar de antemão a possibilidade de aplicação da liberdade provisória e das medidas cautelares menos gravosas, é o que preleciona o artigo 282, § 6º, do CPP.

O segundo capítulo abordará a cautelaridade presente no processo penal, a necessidade e aplicação de uma medida cautelar e suas características, fazendo uma análise da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão e da liberdade provisória. Além disso, a segunda parte deste trabalho analisará a prisão preventiva, seu momento de decretação, requisitos, pressupostos, bem como sua revogação.

### **2.1 Cautelaridade no processo penal**

O processo penal possui seus objetivos e, para que esses sejam atingidos, o Código de Processo Penal prevê diversas medidas cautelares. Dessa forma, a medida cautelar é gênero, cujas espécies são as prisões cautelares, a liberdade provisória e as medidas cautelares diversas da prisão, as quais estão previstas no artigo 319 do CPP (TÁVORA, 2014, p. 789).

Citando a prisão cautelar, mas servindo como explicação para as demais medidas cautelares, Paulo Rangel (2010, p. 751), a traz como o meio de defender o processo de conhecimento, na medida em que, se não for aplicada, comprometerá, ao final do feito, mesmo com uma sentença condenatória transitada em julgado, a aplicação da lei penal. Complementa que o que admite a prisão cautelar processual é sua urgência e necessidade, observando sempre o caso concreto.

A medida cautelar de prisão incidirá quando há indícios fortes de autoria e materialidade do crime (*fumus comissi delicti*) e quando há necessidade de se garantir a aplicação da lei penal, em caso, por exemplo, de risco de fuga do agente (*periculum libertatis*). A liberdade provisória pode ser concedida com a prestação de fiança ou com a imposição de outras medidas, como impor ao acusado a obrigação de comparecimento aos demais atos processuais, sob pena de revogação do benefício. Por fim, as medidas diversas da prisão consistem, por exemplo, em proibição de frequentar determinados lugares, ou de se aproximar de certas pessoas, entre outras, previstas no artigo 319 do CPP (TÁVORA, 2014, p. 789).

Conforme já assinalado, as medidas diversas da prisão e a prisão são medidas cautelares. Segundo Norberto Avena (2014, p. 873), os “princípios informadores” das medidas cautelares são: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, o que se extrai da leitura do artigo 282, incisos I e II, do CPP. Em relação ao primeiro, trata-se dos riscos frente ao caso concreto enquanto se aguarda o desfecho do feito através do trânsito em julgado da sentença penal, como o risco de fuga ou risco de ocorrerem novas práticas de infrações penais por parte do acusado.

Quanto à adequação das medidas, significa dizer que deve haver relação entre a medida e o suposto crime praticado pelo autor. Ótimo exemplo é a aplicação da medida de proibição de aproximação da vítima, no caso de violência doméstica. Exemplo diverso é o da aplicação de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga ao acusado de praticar estelionato através da internet, ou seja, não há adequação na medida imposta para o crime que está sendo investigado (AVENA, 2014, p. 875).

Avena acrescenta, ainda, como princípio informador das medidas cautelares, a proporcionalidade em sentido estrito. Defende que, apesar de não estar expressa como os dois

primeiros princípios (incisos I e II, do artigo 282), a proporcionalidade em sentido estrito surge dos termos implícitos no referido dispositivo e seria o juízo de ponderação entre a gravidade da medida que está sendo imposta e o resultado esperado com a aplicação de tal medida. Significa também que não poderá ser aplicada medida mais gravosa a que estará sujeito o acusado com eventual sentença condenatória, ao final do feito (AVENA, 2014, p. 876).

Dessa feita, evidente que a medida cautelar deve possuir ligação com o tipo de crime cometido, a fim de tal medida atingir seu escopo, ou seja, ser necessária e proporcional no caso concreto. Sobre o assunto, Giacomolli afirma:

Segundo o art. 282, I, do CPP, é de ser considerada a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do sujeito. O delito é um fato grave, mas a gravidade há de ser entendida, para que atinja as suas finalidades, não só na perspectiva da espécie de pena cominada ou da espécie de crime, mas sob o prisma das consequências produzidas pelo delito. Há que ser respondido: (a) a medida cautelar eleita é o meio idôneo, adequado, para atingir o resultado pretendido? (perspectiva qualitativa – espécie de medida); (b) o tempo de duração da cautelar aplicada ou sua acumulação adequa-se à finalidade desejada? (perspectiva quantitativa); (c) a medida cautelar atende ao critério da conformidade ao sujeito passivo? (individualização). A primeira individualização ocorre no plano legislativo, genérico, abstrato, quando são estipuladas as cautelares, seus pressupostos, requisitos e espécies. Em um segundo momento, em razão da situação fática e das exigências de cautela, ocorre outra individualização. Nesta, também interfere o sujeito a ser constringido pela medida, motivo por que há uma verdadeira dosimetria cautelar. Ainda. Em um terceiro estágio, no plano da execução, poderá haver substituição da cautelar ou agregação de outra medida, em razão de circunstâncias supervenientes, mas sempre vinculadas ao sujeito. (2014, p. 369-370).

A medida cautelar aplicada deverá, portanto, ser adequada e exigível ou necessária para obter a finalidade que se busca. Acrescenta que não se pode extrapolar os limites da medida cautelar além do imprescindível para a proteção dos interesses da sociedade. Em outras palavras, qualquer restrição cautelar ao direito fundamental de liberdade deve passar por um filtro de aceitabilidade entre os prejuízos e benefícios que a aplicação de tal medida trará, tanto em na esfera individual do acusado, como na esfera coletiva da sociedade (GIACOMOLLI, 2014, p. 370).

Superados os pontos de como se dá a aplicação de uma medida cautelar, temos que, para entender a cautelaridade no processo penal, insta analisar as características das medidas cautelares. Na lição de Rangel (2010, p. 752), para descobrir se uma medida é cautelar ou não, necessário se faz observar aquilo que a caracteriza, ou seja, aquilo que a identifica, e que deve estar presente em todas as medidas cautelares, caso contrário, não há que se falar em medida cautelar penal. Avena (2014, p. 869), fala da existência de seis características que estão, ou devem estar presentes em todas as medidas cautelares, são elas: jurisdicionalidade,

provisoriamente, revogabilidade, excepcionalidade, substitutividade e cumulatividade. Falaremos sobre cada uma.

Uma vez que uma restrição a um direito consagrado na Constituição Federal e nas Convenções Internacionais só pode se dar por intermédio de decisão judicial devidamente fundamentada e de autoridade competente, as medidas cautelares possuem jurisdicionalidade (RANGEL, 2010, p. 753). Em outras palavras, a aplicação de uma medida cautelar deverá se dar pelo Poder Judiciário, sendo exceção a essa regra somente a preleção do artigo 322 do CPP, que admite a autoridade policial impor fiança em crimes de pena máxima não superior a quatro anos. Lembrando que a fiança também é medida cautelar, tendo em vista a redação do artigo 319, VIII, do CPP (AVENA, 2014, p. 869).

Aury Lopes Jr. (2018, p. 587), traz que, por exemplo, até mesmo quando se trata de prisão em flagrante (medida pré-cautelar em que não é realizada com uma autorização judicial prévia e fundamentada), após, passa pelo crivo do judiciário, na medida em que o juiz analisa o ato e o homologa ou relaxa a prisão, decreta prisão preventiva ou concede liberdade provisória ao acusado.

As medidas cautelares também são caracterizadas por sua provisoriedade, vez que somente vão perdurar porquanto perdure sua situação de urgência que a decretou (AVENA, 2014, p. 869). Uma vez cessada a urgência que deu instauração à medida cautelar, essa não se faz mais necessária, e deverá ser revogada.

A característica da provisoriedade está estritamente ligada à característica da revogabilidade. Ora, se a medida cautelar foi aplicada com fundamento em algum elemento específico do caso concreto, quando esse elemento desaparecer, a medida cautelar não possui mais razão para persistir e o juiz deve revogá-la, conforme aludido no parágrafo anterior (AVENA, 2014, p. 870).

Sobre a revogabilidade das medidas cautelares, importante lembrar da cláusula *rebus sic standibus* (enquanto as coisas estiverem assim). Enquanto permanecer o cenário que legitimou a medida cautelar, essa permanecerá. Por outro lado, desaparecendo o cenário que justificou a aplicação da medida cautelar, essa será revogada (AVENA, 2014, p. 870).

Por se tratarem de restrição a direitos assegurados constitucionalmente, as medidas cautelares somente serão decretadas em casos excepcionais, quando extremamente necessárias, por essa razão, são caracterizadas por sua excepcionalidade. (AVENA, 2014, p. 870). Outrossim, Lopes Jr. (2018, p. 596), explicando os princípios das prisões cautelares, diz que a excepcionalidade deve ser levada em conjunto com a presunção de inocência. Nesse compasso, como defendido até aqui, evidente que qualquer restrição a um direito fundamental antes do

trânsito em julgado da sentença penal condenatória, deverá ser tida como medida extrema, cabível somente quando extremamente necessária.

O juiz possui a faculdade de substituir a medida cautelar anteriormente aplicada quando, por exemplo, o acusado descumpri-la ou quando não persistir a razão pela qual foi aplicada. Isso implica a característica da substitutividade às medidas cautelares. Nota-se que até mesmo em relação à prisão preventiva essa característica tem forte incidência, para evidenciá-la, basta remeter-se à leitura do artigo 282, § 4º, do CPP, onde é admitida a decretação da prisão preventiva quando forem descumpridas as condições das medidas cautelares menos gravosas que a prisão anteriormente impostas (AVENA, 2014, p. 871).

Por último, conforme preleção do artigo 282, § 1º, do CPP, as medidas cautelares podem ser aplicadas sozinhas ou de forma cumulativa, daí decorre a característica da cumulatividade. Também possui amparo no § 4º do referido dispositivo, vez que, quando ocorrer eventual descumprimento de uma medida imposta, o juiz poderá acrescentar medidas cautelares, antes de decretar eventual prisão preventiva ao acusado (AVENA, 2014, p. 871).

Ainda, Rangel (2010, p. 754), acrescenta a característica da homogeneidade. Preleciona que a medida cautelar adotada deverá ter ligação com o pedido do autor, uma vez que não se pode aplicar uma medida mais gravosa que a medida que será eventualmente aplicada caso sobrevenha uma sentença penal condenatória ao acusado. Em outras palavras, o mal causado ao acusado no início do processo de forma cautelar não poderá ser maior do que eventualmente ele obterá no final do processo.

As características são, pois, imprescindíveis para admitir-se a cautelaridade no processo penal. A inexistência de uma delas afasta o caráter cautelar da medida, impossibilitando sua aplicação, vez que feriria o princípio da presunção de inocência e se caracterizaria como uma verdadeira antecipação de pena, sem qualquer amparo constitucional.

## **2.2 As cautelares alternativas e a liberdade provisória**

As cautelares alternativas da prisão, quando aplicadas, são uma forma de garantir a finalidade da cautelaridade do processo criminal de outra forma que não a prisão do indivíduo, medida cautelar excepcional que restringe ao máximo o direito de liberdade. Com a Lei nº 12.403 de 2011, adveio um rol das medidas cautelares diversas da prisão, previsto no artigo 319 do CPP, incisos I ao IX, são elas: comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso ou frequência em determinados lugares, proibição de manter contato com determinada pessoa,



proibição de ausentar-se da Comarca, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, fiança e monitoração eletrônica. Passaremos à análise de cada uma.

A primeira medida cautelar diversa da prisão é o comparecimento periódico em juízo por parte do acusado (art. 319, I). Nestor Távora (2014, p. 820), diz que a periodicidade do comparecimento será regulada pelo juiz, analisando individualmente o caso concreto. Trata-se de medida com dois objetivos: apontar para o juízo que o acusado continua à sua disposição para os próximos atos do processo penal e o manter informado quanto às atividades que o acusado vem exercendo (AVENA, 2014, p. 896). Na visão de Guilherme Nucci (2014, p. 319), essa seria uma das medidas mais apropriadas a ser decretada, uma vez que consegue controlar o comportamento do acusado durante a instrução processual.

A proibição de acesso ou frequência em determinados lugares (art. 319, II) tem o fundamento de que, se o acusado frequentar certos lugares, o risco do cometimento de novos delitos aumenta (AVENA, 2014, p. 897). Avena (2014, p. 898), ainda acrescenta um ótimo exemplo, no caso de o acusado se envolver em uma briga em estádio de futebol, sendo totalmente justificável a presente medida cautelar, evitando que o acusado frequente estádios, se precavendo de novas confusões. Outro bom exemplo é a aplicação da proibição do acusado de frequentar bares, botecos, pubs, enfim, lugares que servem bebidas alcoólicas, no caso de o delito cometido ter relação com a embriaguez do acusado (NUCCI, 2014, p. 319).

Quanto à proibição de manter contato com determinada pessoa (art. 319, III), a aplicação dessa medida deverá necessariamente estar ligada com o fato criminoso, por exemplo, quando o fato seja cometido com violência ou grave ameaça à vítima (TÁVORA, 2014, p. 820). Da interpretação da medida, tem-se que o contato proibido não é só o direto ou físico, mas por todos os meios de comunicação, como telefone, e-mail, cartas, etc. (AVENA, 2014, p. 900).

O inciso IV do artigo 319 trata da proibição de ausentar-se da Comarca. O referido inciso preleciona que será aplicada “quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução”, contudo, na lição de Nucci (2014, p. 319), a aplicação se justifica para evitar a fuga do acusado, ou seja, proibir que se ausente da Comarca para não se furtar da aplicação da lei penal, sob pena de ser decretada sua prisão preventiva. Para Távora (2014, p. 821), de outro modo, a medida deve ser fundamentada quando é necessária para produção de provas, seja ela na fase indiciária ou processual. Para mudar de endereço para outra Comarca, o acusado deverá possuir a autorização prévia do juízo que impôs a referida medida, sob pena de ter sua prisão preventiva decretada (AVENA, 2014, p. 900).

Outra medida cautelar é o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (art. 319, V). Tal medida cautelar é bem vista pela doutrina majoritária, Távora (2014, p. 821), salienta que, quando aplicado, o recolhimento domiciliar deixa bem evidente que a prisão preventiva é de natureza totalmente excepcional. Acrescenta, o autor, que, para ser possível sua aplicação, o acusado deverá possuir residência e trabalho fixos. Avena (2014, p. 903) acrescenta que, para a aplicação dessa medida cautelar, além do acusado dever ter residência e trabalho fixos, seu trabalho deverá ser exercido, ao menos parcialmente, no período diurno, contendo ainda dias de folga, o que se extrai do próprio dispositivo processual. Apesar de ser considerada uma boa medida cautelar diversa da prisão, um ponto negativo seria a difícil fiscalização, na medida que uma solução seria sua cumulação com o monitoramento eletrônico ao agente (TÁVORA, 2014, p. 821).

O inciso VI do artigo 319 traz como outra medida cautelar diversa da prisão a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira. A medida é uma boa opção para os delitos econômico-financeiros, contudo, para ser aplicada, deverá estar evidenciada a necessidade de precaver o cometimento de novos crimes (NUCCI, 2014, p. 725). A medida, portanto, encontra fundamento na facilidade que o acusado tem de cometer crimes contra a administração pública (no caso de ser agente público), e contra instituições econômicas ou financeiras (no caso de funcionários dessas), na medida que seu afastamento da função é imprescindível na precaução de novos delitos da mesma espécie (TÁVORA, 2014, p. 821).

Há também a previsão de internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça (art. 319, VII). Trata-se da hipótese de ser constatada a doença mental do acusado ainda que na fase inquisitorial, por exemplo, aplicando-se, desde já, a internação do indivíduo. Além de prevenir a reiteração criminosa, evita a prisão preventiva em cárcere comum a alguém que lá, colocará em risco sua saúde e a de outros detentos (NUCCI, 2014, p. 725). A internação provisória deverá ser em Hospital de Custódia e Tratamento e incide nos casos de delitos onde foi empregada violência ou grave ameaça, ou seja, nos crimes mais gravosos (TÁVORA, 2014, p. 822).

Tem-se também a medida cautelar da fiança (art. 319, VIII), que somente não será possível nos crimes que expressamente são previstos como inafiançáveis (AVENA, 2014, p. 907). O referido inciso fala em aplicação da fiança “para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial”. Nesse sentido, Nucci (2014, p. 725-726) entende que a fiança seria admitida tão somente para assegurar o comparecimento do acusado nos atos do processo, mas não no caso

de obstrução do andamento ou de resistência à ordem judicial, casos que implicariam a decretação da prisão preventiva.

A última medida cautelar diversa da prisão prevista no rol do artigo 319 do CPP é a monitoração eletrônica (art. 319, IX). Na precisa lição de Avena (2014, p. 909), trata-se de medida que controla os movimentos do indivíduo, podendo ser exercida através de pulseiras ou tornozeleiras. Nucci (2014, p. 726), defende que a monitoração eletrônica, para ser eficiente, deverá ser imposta acompanhada de outras medidas cautelares, a exemplo da proibição de aproximação da vítima, ou de frequentar determinados lugares, etc.

Por fim, fora do rol do artigo 319 do CPP, há também o disposto no artigo 320, que prevê a proibição do indiciado ou acusado de ausentar-se do país. Nucci (2014, p. 727) entende que é uma medida a ser aplicada, em regra, nos crimes econômicos e financeiros, quando resta evidenciado a possibilidade econômica do acusado de fugir para o exterior, a fim de furtar-se da aplicação da lei penal. Conforme preleciona o dispositivo, o Magistrado comunicará as autoridades que fiscalizam as fronteiras, ainda, intimará o acusado para entregar seu passaporte em 24 horas.

Vistas as medidas cautelares diversas da prisão, nota-se que dentro da cautelaridade do processo criminal, temos uma escala em diferentes níveis, sendo que a liberdade do acusado está no topo, em seguida, tem-se as medidas cautelares diversas da prisão e, por último, a medida mais extrema, a prisão preventiva (LOPES JR., 2018, p. 686). A liberdade concedida para o acusado preso em flagrante é chamada de liberdade provisória, aplicada quando não está demonstrada a necessidade de prisão preventiva ao acusado, sempre lembrando a presunção de inocência do indivíduo (NUCCI, 2014, p. 522).

Para Avena (2014, p. 1009), a liberdade provisória pode ou não ser acompanhada de outras condições. O autor defende que a liberdade provisória só terá aplicação quando se tratar de prisão em flagrante e a diferencia da revogação da prisão, vez que essa acontece quando é decretada prisão preventiva ou temporária, sendo que revoga-se, por exemplo, quando não estão mais presentes os fundamentos de sua decretação (no caso da primeira), ou quando a prisão chega ao seu termo (no caso da última), o que não acontece na prisão em flagrante, pois quando essa for ilegal, será relaxada, e quando for considerada legal, poderá dar ensejo então, aí sim, à liberdade provisória (AVENA, 2014, p. 1012).

Explicando didaticamente, podemos dizer que o instituto da liberdade provisória se encontra depois da prisão em flagrante e antes da decretação da prisão preventiva, além de estar prevista no inciso III, do artigo 310 do CPP, dispositivo que determina o que poderá/deverá fazer o Magistrado ao receber um auto de prisão em flagrante (LOPES JR., 2018, p. 687).

Analisando-se o nosso processo penal e com base na doutrina majoritária, temos a existência de quatro hipóteses de liberdade provisória, quais sejam: liberdade provisória com fiança; liberdade provisória com fiança e com a aplicação das medidas cautelares do artigo 319 CPP; liberdade provisória sem fiança mas com a aplicação das medidas cautelares do artigo 319 CPP; e liberdade provisória sem fiança mas com o compromisso do acusado de comparecer a todos os atos do processo.

Em relação à liberdade provisória concedida mediante o pagamento de fiança, temos que, de regra, todo crime é afiançável, com exceção apenas dos que expressamente trouxeram essa vedação (TÁVORA, 2014, p. 802). A fiança, além de possuir a finalidade de coibir a fuga do indivíduo, pois, quando de elevado valor, poderá desestimular eventual intenção do acusado de furtar-se da lei penal, servirá para cobrir as custas do processo, arcar com indenização, prestação pecuniária e multa, em caso de condenação do acusado ao final do feito, conforme preleciona o artigo 336 do CPP (LOPES JR., 2018, p. 690).

O artigo 322 do CPP prevê que a autoridade policial pode arbitrar a fiança nos delitos em que a pena máxima não seja superior a 4 anos, sendo que, nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 horas, conforme preleciona o parágrafo único do mesmo dispositivo. Dessa feita, vislumbra-se que além de ser tida como uma medida cautelar diversa da prisão, como visto acima, prevista no artigo 319 do CPP, a fiança é também aplicada no momento da liberdade provisória, com previsão também no artigo 310 do CPP (LOPES JR., 2018, p. 691).

Há também a possibilidade de concessão de liberdade provisória mediante pagamento de fiança e cumprimento de medidas cautelares do artigo 319 do CPP. Lopes Jr. (2018, p. 690), ensina que, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante e homologá-lo, poderá conceder a liberdade provisória ao acusado mediante o pagamento de fiança e, ainda, poderá cumulá-la com outras medidas cautelares do artigo 319, se verificar que o caso concreto reclama maior controle sobre a liberdade do indivíduo.

Outra hipótese na concessão de liberdade provisória é a não aplicação de fiança, mas condicionado ao cumprimento de outras medidas cautelares. Essa hipótese é trazida pelo *caput* do artigo 350 do CPP, e se baseia na situação econômica do acusado. O que se quer trazer é a possibilidade também de pessoas hipossuficientes recorrerem à liberdade nos casos de prisão em flagrante. Ora, não seria justo arbitrar fiança em absolutamente todos os casos, onde quem tem condições financeiras de pagar, estaria em liberdade, e quem não tem, continuaria preso (NUCCI, 2014, p. 747).

O autor ainda acrescenta que, conforme dispõe o artigo 350 do CPP, a liberdade provisória ficaria sujeita apenas às medidas de compromisso de comparecimento aos demais atos do processo e quanto à mudança de residência do indivíduo (artigos 327 e 328 do CPP). Ademais, nada impede que o juiz, no caso concreto, estabeleça outras medidas cautelares, desde que tenha fundamento para tal (NUCCI, 2014, p. 747).

O último caso é a concessão de liberdade provisória sem fiança e com a única condição de comparecer aos demais atos do processo, o que prevê o parágrafo único do artigo 310 do CPP. Trata-se de um caso excepcional, uma vez que vislumbra a hipótese de o agente ter aparentemente cometido o delito abarcado de uma causa de exclusão de ilicitude, onde não caberia a decretação de prisão preventiva, conforme artigo 314 do CPP. Nesse caso, lhe será dada a liberdade provisória sem fiança, com a única obrigação de comparecer a todos os demais atos do processo (LOPES JR., 2018, p. 689).

Logo, temos que o instituto da liberdade provisória, como o próprio nome já diz, trata-se de um direito concedido ao indivíduo de aguardar o desfecho do processo em liberdade. A liberdade provisória poderá se dar com o pagamento de fiança e poderá ou não estar relacionada ao cumprimento de medidas cautelares. Ademais, tem o caráter de provisoriedade, ao passo que poderá ser revogada, por exemplo, pelo não cumprimento das condições impostas (AVENA, 2014, p. 1009).

Dessarte, entende-se que deve dar preferência na aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, antes de partir para eventual decretação de prisão cautelar. Em outras palavras, de regra, o acusado deverá responder o processo em liberdade e livre de qualquer medida em seu desfavor. Caso necessária a incidência de eventual medida, devem ser analisadas (ou aplicadas), de início, as medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, após isso, e somente aí, se partiria para uma análise sobre a necessidade e cabimento de prender o acusado preventivamente.

### **2.3 Disciplina legal da prisão preventiva no ordenamento jurídico**

A prisão preventiva está regulada no capítulo III do nosso Código de Processo Penal, dos artigos 311 ao 316, dispositivos que preveem desde a sua decretação até a sua revogação. O referido capítulo prevê, portanto, o momento que poderá ser decretada, quem pode decretar, os fundamentos que autorizam sua decretação, em quais crimes será admitida e, por último, a possibilidade de revogação por parte do juiz.

A prisão preventiva poderá ser decretada na fase inquisitorial do feito, no curso da instrução, após a sentença condenatória em primeiro grau e até mesmo na fase de recurso, desde que necessária e devidamente fundamentada (LOPES JR., 2018, p. 631-632). Ademais, somente poderá advir de decisão de juiz ou tribunal que tem competência para tal e partir de pedido da parte interessada (Ministério Público, autoridade policial ou querelante), tudo isso conforme redação do artigo 311 do Código de Processo Penal (LOPES JR., 2018, p. 632).

Nota-se que da redação do artigo 311 do CPP, infelizmente, ainda resta autorizada a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, o que é fortemente criticado pela doutrina. Ainda com base nas lições de Lopes Jr. (2018, p. 632), o autor fala que a autorização da decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz afronta totalmente o sistema acusatório do nosso processo penal e até mesmo a garantia de imparcialidade do juiz.

Para ser decretada, a prisão preventiva depende da presença dos seus pressupostos e requisitos. Os requisitos estão presentes no artigo 312 do CPP e tratam do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. A primeira expressão em latim significa a presença de indícios de autoria e materialidade suficientes no caso concreto. A última expressão, por sua vez, trata do perigo da liberdade do agente, que pode embarçar a investigação criminal, ou ser um perigo para a sociedade (AVENA, p. 2014, p. 962).

O *fumus commissi delicti*, portanto, é a necessidade de haver fortes indícios da prática de um crime, ou seja, de um ato típico, ilícito e culpável. A prova deverá ir além da existência de um fato, ou seja, deverá estar presente a alta probabilidade de esse fato ser um crime, revestido, portanto, de tipicidade, ilicitude e culpabilidade (GIACOMOLLI, 2014, p. 371).

Nesse sentido, importante pular para o artigo 314 do CPP, que estabelece a não aplicação da prisão preventiva quando haver provas de que o agente cometeu o delito nas condições dos incisos I, II, e III do *caput* do artigo 23 do CP, que trata das excludentes de ilicitude. Sobre o tema, Guilherme Nucci (2014, p. 719), explica que basta os indícios de que o agente praticou o crime sob a proteção de uma excludente de ilicitude, uma vez que somente ao final do feito será dada a ideal constatação do fato, devendo, por esse motivo, o autor permanecer em liberdade durante a instrução do processo.

O *periculum libertatis*, por sua vez, tem a ver com o perigo da liberdade do agente, conforme aludido acima, e é tratado através das hipóteses constantes no artigo 312, que permite a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Essas são as situações legais, os fundamentos que a lei traz que, uma vez presentes, autorizam a decretação do encarceramento preventivo do acusado (GIACOMOLLI, 2014, p. 372).

A decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública possui a finalidade de evitar que o agente continue a praticar crimes durante a instrução criminal do processo. Os elementos devem estar presentes no caderno probatório do processo, não bastando apenas presunções quanto à personalidade do agente ou a menção aos antecedentes criminais negativos do mesmo, necessitando, como defendido até aqui, de fundamentação vasta para o decreto da prisão (TÁVORA, 2014, p. 733).

A garantia da ordem econômica, nas palavras de Avena (2014, p. 973), seria uma “variável” da garantia da ordem pública, contudo, com um conteúdo mais específico. A garantia da ordem econômica objetiva impedir que o agente causador de um choque na situação de econômica de uma instituição financeira ou até mesmo de um órgão do Estado, permaneça em liberdade e continue a afetar a ordem econômica (NUCCI, 2014, p. 707).

A conveniência da instrução criminal é o fundamento dado quando a conduta do acusado indica que, se continuar solto, embaraçará a produção de provas, atrapalhando a instrução do feito. É admitida, portanto, quando o acusado atrapalha os atos probatórios, tais como perturbar testemunhas, vítimas, destruir documentos do processo, etc. (GIACOMOLLI, 2014, p. 375).

Por fim, quanto à decretação da prisão preventiva com o fundamento de assegurar a aplicação da lei penal, Lopes Jr. (2018, p. 638), aduz que visa impedir a fuga do autor do fato, tornando a sentença condenatória sem aplicação, ou seja, toda a persecução penal terá sido em vão, tendo em vista que o acusado se furtou da aplicação da lei penal. Acrescenta, ainda, que não poderá haver mera presunção de fuga do acusado quando da decretação da prisão preventiva, significa dizer que eventual decretação da prisão do agente fundada na hipótese em apreço deverá possuir elementos concretos nos autos do processo, de que se solto, o acusado provavelmente irá fugir.

Além dessas quatro hipóteses, também se admite a prisão preventiva quando o autor do fato descumprir qualquer das medidas alternativas anteriormente impostas, conforme preleciona o parágrafo único do artigo 312 do CPP.

Vistos os requisitos para a decretação da prisão preventiva, cabe agora a análise de seus pressupostos, previstos no artigo 313 do CPP, que determina quando, nos moldes do artigo 312, será admitida a decretação da preventiva.

O inciso I do referido dispositivo traz que somente se admite prisão preventiva em crimes dolosos e que contem com pena máxima superior a 4 anos. Dessa feita, em se tratando de crimes culposos ou contravenções penais, não será admitida a decretação da prisão preventiva. Outrossim, não é qualquer crime doloso que permitirá o encarceramento preventivo

do autor do fato, sendo autorizado somente para os mais graves, com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos (TÁVORA, 2014, p. 737).

Lopes Jr. (2018, p. 642), preleciona que os artigos 312 e 313 do CPP deverão ser analisados juntos no caso concreto, na medida que se estivermos diante de um crime doloso com pena máxima superior a 4 anos e não estiverem presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, não há que se falar em prisão preventiva. Da mesma forma, uma vez presente o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, mas de um crime culposo ou até mesmo doloso, mas com pena máxima inferior a 4 anos, não será admitida a decretação da preventiva.

O inciso II do artigo 313 traz a hipótese de decretação da prisão no caso de o acusado cometer outro crime doloso, com sentença transitada em julgado, observando os critérios da reincidência. Para deixar claro, o dispositivo permite a decretação da prisão preventiva para o indivíduo que, condenado por crime doloso em definitivo, comete outro crime doloso nos 5 anos subsequentes ao cumprimento ou extinção da pena do primeiro delito. Nesse caso, não importa a natureza da pena do crime cometido (se reclusão ou detenção), ou a quantidade de pena máxima prevista, ou seja, poderá ser decretada a prisão preventiva num crime com pena máxima inferior a 4 anos (AVENA, 2014, p. 984).

A terceira hipótese do artigo 313 autoriza a prisão preventiva no caso de vítimas mais vulneráveis (criança, idoso, enfermo, deficiente, etc.). É outro caso em que poderá ser decretada a prisão do acusado em um crime que tenha pena máxima inferior a 4 anos. A hipótese do inciso III do artigo 313 do CPP visa garantir a eficácia das medidas protetivas de urgência. Temos, como excelente exemplo, o caso de violência doméstica, com a decretação da prisão preventiva do marido que praticou lesões corporais contra sua esposa (NUCCI, 2014, p. 558).

Por último, há a previsão de prisão preventiva no caso de haver dúvida acerca da identidade do indivíduo ou quando este não proporcionar elementos para esclarecê-la, é o que prevê o parágrafo único do artigo 313. Lopes Jr. (2018, p. 644), entende que esse dispositivo deverá ser interpretado com extrema cautela, defendendo que somente poderá ser decretada a prisão preventiva do acusado em crime doloso com pena máxima superior a 4 anos, não admitindo-se em crimes menos graves. Cita, como exemplo de admissão da decretação da prisão, com base no parágrafo único do artigo 313, o caso de estar diante de um crime de estelionato, em que o acusado, preso em flagrante, encontra-se com documentos pessoais falsos, acarretando dúvida acerca de sua verdadeira identidade (LOPES JR., 2018, p. 644).

O artigo 315, determina que a decisão que decreta a prisão preventiva deverá ser sempre uma decisão motivada, ou seja, com fundamentação que evidencie sua necessidade e



proporcionalidade. Avena (2014, p. 996), preleciona que não necessita ser uma fundamentação extensa e volumosa por parte do magistrado, podendo ser objetiva, desde que deixe claro as razões pelas quais decretou tal medida.

Por fim, a revogação da prisão preventiva encontra previsão do artigo 316 do CPP. A prisão preventiva possui ligação com a cláusula *rebus sic standibus*, que, segundo Avena (2014, p. 997) pode ser traduzida como “enquanto as coisas estiverem assim”, sendo que sempre que os motivos ensejadores da prisão não estiverem mais presentes, o juiz deverá revogá-la imediatamente, de ofício ou mediante provocação. De outro lado, se novamente presentes os motivos que ensejaram a decretação da prisão, nada impede que o juiz a decrete novamente (TÁVORA, 2014, p. 742).

Nucci (2014, p. 559), traz um perfeito exemplo nesse caso, aludindo o caso de o acusado ter sido preso preventivamente suspeito de ameaçar testemunhas e essas, em seus depoimentos em juízo, negam a presença de eventuais ameaças. Nesse contexto, caberá a revogação da prisão preventiva.

Ademais, destaca-se que o artigo 316 do CPP tem o apoio do artigo 282, § 5º, do mesmo diploma legal, que preleciona que o magistrado poderá revogar a medida ou substituí-la, caso entenda pela falta de motivo na sua manutenção. Sobre a redação do dispositivo, Avena (2014, p. 997), faz forte crítica à expressão “poderá revogar”, defendendo que o legislador deveria ter usado a expressão “deverá ser revogada”, porquanto entender-se não ser uma faculdade do juiz, mas sim uma obrigação.

Do exposto, depreende-se que, as medidas cautelares no processo penal são necessárias, tanto para resguardar o processo de conhecimento como para defender a ordem da sociedade. Contudo, há que se ter em mente que, para a adoção de uma medida cautelar, seja ela a da prisão ou diversa dessa, tem que estar presente seus pressupostos e requisitos.

Ademais, de suma importância as características das medidas cautelares, ao passo que a medida eventualmente adotada deverá ser necessária, adequada e proporcional, ou seja, deverá haver um risco que justifique a adoção da medida, além de ela ter relação com o delito do caso concreto e sua gravidade ser proporcional à gravidade que possa surgir ao final do feito, com a sentença condenatória.

A fim de evitar prisões indevidas, eminente é a verificação da possibilidade de adoção das medidas diversas da prisão, que seria uma forma menos gravosa e que, mesmo assim, garantiria a cautelaridade do processo penal, nada impedindo, por óbvio, eventual adoção da prisão preventiva, em caso de descumprimento da primeira.

Falando sobre disciplina legal, repisa-se que, para ser decretada, a prisão preventiva deverá obedecer a uma série de regras e critérios, na medida que todos deverão ser analisados conjuntamente. Devem estar presentes o *fumus commisi delicti* e o *periculum libertatis*, o crime deverá ser doloso e com pena máxima superior a 4 anos e a decisão que decreta a medida deve ser devidamente motivada, necessária e proporcional ao caso concreto. Desrespeitado um desses pontos, a prisão preventiva aplicada será ilegal, devendo ser revogada, o que também acontecerá no caso de não persistirem mais os motivos que ensejaram a adoção da medida. Sobre prisões preventivas indevidas ou com excesso de prazo, um ótimo meio de garantir o direito de liberdade do indivíduo é o habeas corpus, ponto que será abordado adiante.

### **3 UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA: A QUESTÃO DO PRAZO NECESSÁRIO**

O direito de liberdade é um dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Como nenhum direito fundamental é absoluto, o direito de liberdade, da mesma forma, poderá sofrer restrições, vez que sem algumas restrições impostas pelas leis, estaríamos em uma verdadeira anarquia. Disso se fundamenta através da CF a restrição da liberdade nos casos necessários e dentro dos limites, respeitando sempre as garantias individuais (TOURINHO FILHO, 2011, p. 648).

Dos desdobramentos que traz o direito fundamental de liberdade, muito se discute acerca da falta da fixação de prazo na prisão preventiva, matéria totalmente esquecida por nosso legislador. Ademais, essa omissão traz diversos problemas processuais penais que ficam desamparados de uma norma expressa e objetiva no sentido da prisão cautelar.

Nota-se que há o lado do cuidado no trâmite do processo criminal, pois ele deverá, impreterivelmente, respeitar todas as garantias fundamentais individuais do indivíduo que está sendo acusado, dentre elas a ampla defesa e o contraditório, a exemplo de ser intimado para participar ou se manifestar sobre todos os atos e documentos juntados ao feito. De outro lado, há a necessidade de se ter um processo célere e dinâmico, na medida que, por óbvio, a existência de um processo crime em que o indivíduo figura no polo passivo da ação, por si só, já atinge sua esfera moral.

Se a dilação indevida do processo penal, mesmo quando não há a decretação de prisão preventiva ao longo do feito, já acarreta diversos prejuízos ao acusado, imagine-se na situação de ele estar preso preventivamente, ou seja, aguardando uma resposta jurisdicional de seu processo que poderá inclusive ser a ele favorável. Significa dizer que poderá ele passar um bom tempo no cárcere, não havendo prazo máximo para essa prisão cautelar, e ao final, ser exarada sentença absolutória em seu favor.

Além da falta de fixação de prazo na prisão preventiva, portanto, há também a omissão do legislador quanto à eventual indenização nos casos, por exemplo, do preso preventivo durante a tramitação do processo, de ser ele absolvido no final.

O terceiro e último capítulo aborda a ausência de fixação de prazo para a prisão preventiva. Traz a ligação entre o princípio da duração razoável do processo e a imprescindibilidade de se respeitar as garantias processuais penais, além de abordar os danos decorrentes das prisões cautelares e suas respectivas indenizações. Por fim, a última parte deste

trabalho aborda a figura do habeas corpus, sua funcionalidade e seu papel de remédio para a falta de prazo na prisão preventiva.

### **3.1 A ausência de disciplina legal sobre o prazo prisional**

Ao contrário da prisão temporária, que tem duração de cinco dias, prorrogáveis por mais cinco, com exceção dos crimes hediondos, que terá duração de trinta dias prorrogáveis por igual período (artigo 2º e 3º, da Lei nº 8.072/90), as medidas cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal e a prisão preventiva não possuem disciplina legal sobre um prazo limite. As referidas medidas poderão, a princípio, perdurar até a sentença, pronúncia (em crimes dolosos contra a vida), momentos em que o juiz deveria fundamentar sobre a manutenção ou não da medida cautelar anteriormente aplicada, a exemplo do direito de recorrer em liberdade (GIACOMOLLI, 2014, p. 366).

Nosso ordenamento jurídico adotou a “doutrina do não prazo”. Apesar de nosso Código de Processo Penal estipular certos prazos em relação à prática de alguns atos, a exemplo dos artigos 400, 412 e 531, isso não afeta em nada a adoção da referida teoria/doutrina, uma vez que os prazos impostos, quando não cumpridos, não geram qualquer tipo de sanção, tornando-os ineficazes (LOPES JR. 2018, p. 80).

Dessa feita, temos que a adoção dessa doutrina, por conta do inciso LXXVIII da CF, implica na análise de quatro pontos pelos operadores do direito brasileiro, conforme já ocorre no Tribunal Europeu de Direitos Humanos e na Corte Americana de Direitos Humanos, a saber: complexidade do caso; atividade processual do interessado (não pode se beneficiar de sua própria demora); conduta das autoridades judiciárias (polícia, MP, etc.) e; princípio da razoabilidade (LOPES JR., 2018, p. 1127-1128).

Os prazos que estão estipulados no CPP e em leis especiais não tratam especificadamente da prisão preventiva ou das outras medidas cautelares, contudo, refletem no estudo da duração dessas, uma vez que a realização desses atos processuais que possuem fixação de prazos, quando não cumpridos dentro desses, se revertem em constrangimento ilegal (GIACOMOLLI, 2014, p. 367).

Nereu Giacomolli (2014, p. 367) assevera, ainda, que o constrangimento ilegal deverá ser analisado caso a caso, quanto à prática de um ato durante a instrução do feito, por exemplo, e numa perspectiva ampla, de duração total do processo penal, sempre considerando as singularidades de cada processo. Há de se ter em mente os atos que serão necessários para se chegar a um deslinde justo do feito, como a realização de perícias, oitiva de diversas

testemunhas, como também a pena que eventualmente o réu possa ser condenado ao final do processo, a fim de haver proporção entre a medida cautelar adotada e a medida definitiva que virá na sentença, em caso de condenação.

Defende, ainda, Lopes Jr. (2018, p. 81), que melhor seria se houvesse a fixação da duração máxima do processo criminal e da prisão preventiva, mas acompanhadas de sanções, a fim de os prazos serem eficazes e efetivamente cumpridos. A títulos de exemplo poderiam ser impostas as sanções da extinção do processo ou a liberdade automática do imputado. Apesar dos diversos entendimentos nesse sentido, não foi essa a ideia, por ora, do nosso legislador (LOPES JR. 2018, p. 81).

O autor assevera que deveria ser fixada com transparência os limites de duração das prisões cautelares e do processo penal, sendo que, uma vez extrapolado o prazo, torna a segregação do réu ilegal, devendo ser posto em liberdade. Outrossim, deveria ao menos legislar sobre a obrigatoriedade de uma revisão periódica quanto aos fundamentos e pressupostos da medida tomada, a fim de verificar se ainda persistem (LOPES JR., 2018, p. 84).

Um ótimo exemplo de estipulação de prazos para a realização de atos durante o processo penal se encontra próximo do Brasil, qual seja, o processo penal do Paraguai. Lopes Jr. (2018, p. 85), explica que o Código de Processo Penal paraguaio traz precisas normas de controle a fim de frustrar a dilação indevida do feito. Outrossim, afirma o autor:

Segundo o art. 136 do CPP paraguaio, o prazo máximo de duração do processo penal será de 4 anos, após o qual o juiz o declarará extinto (adoção de uma solução processual extintiva). Também fixa um limite para a fase pré-processual (art. 139) (a investigação preliminar), que, uma vez superado, impedirá o futuro exercício da ação penal pela perda do poder de proceder contra alguém (*ius ut procedatur*). Por fim, cumpre destacar a *resolução ficta*, insculpida nos arts. 141 e 142 do CPP paraguaio, através da qual, em síntese, se um recurso contra uma prisão cautelar não for julgado no prazo fixado no Código, o imputado poderá exigir que o despacho seja proferido em 24h. Caso não o seja, se entenderá que lhe foi concedida liberdade. Igual sistemática resolutiva opera-se quando a Corte Suprema não julgar um recurso interposto no prazo devido. Se o recorrente for o imputado, uma vez superado o prazo máximo previsto para tramitação do recurso, sem que a Corte tenha proferido uma decisão, entender-se-á que o pedido foi provido. Quando o postulado foi desfavorável ao imputado (recurso interposto pelo acusador), superado o prazo sem julgamento, o recurso será automaticamente rechaçado. (LOPES JR., 2018, p. 85)

Conclui-se que o Código de Processo Penal traz importantes normas acerca das dilatações excessivas no processo criminal, estipulando prazo limite quanto às investigações policiais, prazo máximo de duração do processo e prazos para o julgamento dos recursos, o que serviria ou deveria servir de base para o legislador brasileiro que, apesar de fixar alguns prazos para certos atos do processo penal, a exemplo do prazo para o oferecimento da denúncia em caso de

ré preso (5 dias, artigo 46 do CPP), não fixa sanções pelo descumprimento desses prazos, tornando-os ineficazes, o que não ocorre no processo penal paraguaio.

Lopes Jr. (2018, p. 1128) lamenta que a Lei nº 12.403/2011, que trouxe importantes inovações e aperfeiçoamentos no nosso processo penal, a exemplo do rol das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do CPP, não corrigiu o problema da falta de estipulação de prazo na prisão preventiva. Entende o autor que há de se ter uma avaliação entre a natureza do delito, a pena a ele culminada e a presumível pena que será imposta ao réu em caso de procedência da pretensão acusatória (LOPES JR., 2018, p. 1128).

Para Hidejalma Muccio (2012, p. 554), o prazo da prisão preventiva seria o tempo até o desaparecimento das circunstâncias que autorizaram a imposição da medida extrema (garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, etc.). Acrescenta, o autor, que, uma vez desaparecido os motivos que decretaram a prisão, essa atingiu seu objetivo e tempo, sendo que o acusado deverá ser posto em liberdade de ofício pelo juiz que, se não o fizer, será concedido por meio de eventual habeas corpus impetrado pelo paciente. Em outras palavras, se o acusado foi preso por haver suspeitas de que solto embarçaria a instrução criminal, ao final dessa, o acusado deverá ser imediatamente solto (MUCCIO, 2012, p. 554).

Ainda na esteira traçada por Hidejalma Muccio (2012, p. 556), o autor defende que, no caso de processo criminal com preso preventivo e esse ficar parado por demasiado tempo, sem qualquer justificativa, ou sem julgamento do mérito por longo período, ou seja, nos casos em que o réu não concorreu para a demora no deslinde do feito, o magistrado deverá revogar a prisão preventiva, uma vez que a medida se tornaria uma efetiva antecipação no cumprimento da pena. Conclui que a revogação da prisão preventiva por conta da demora no andamento do processo somente caberá em caso de negligência ou desídia do órgão acusador ou do órgão judiciário, na medida que, se tal demora foi causada por atos da defesa, não caberá a revogação da medida extrema (MUCCIO, 2012, p. 557).

Dessa forma, a falta da fixação de um prazo máximo de duração da prisão preventiva é um problema a ser debatido em nosso ordenamento jurídico. Comparando o processo penal brasileiro com o processo penal paraguaio, conforme citado acima, nota-se que há uma diferença enorme quanto à estipulação de prazos para a realização de atos durante o feito, o que é ideal a fim de respeitar a duração razoável do processo. Muito se fala nas soluções plausíveis de amenizar a omissão da fixação de prazo, que giram em torno de se basear nos prazos que o CPP já fixa para alguns atos, ou na revogação da medida somente quando desaparecer o motivo que a ensejou.

### **3.2 A presunção de inocência frente a prisão preventiva: a duração razoável do processo**

O processo judicial e a justiça como um todo não podem ser demorados. A duração razoável do processo é um direito fundamental positivado constitucionalmente, na medida que o processo judicial deve tramitar da forma mais célere possível. Com efeito, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, preleciona que será assegurada a duração razoável do processo e os meios que garantem sua celeridade a todos, tanto no âmbito judicial como no administrativo (TÁVORA, 2014, p. 78-79).

Segundo Lopes Jr. (2018, p. 77-78), diversas garantias processuais penais e constitucionais são afetadas com a demora no deslinde do feito. Aduz que a garantia da jurisdicionalidade é totalmente afetada pois o processo se torna uma pena anterior à sentença, por meio do estigma criado, da angústia que sofre o acusado e, não raras as vezes, por meio da aplicação das prisões cautelares.

Outra garantia prejudicada seria a presunção de inocência, vez que o retardamento da tramitação do feito vai “sepultando a credibilidade” da versão dos fatos apresentada pelo acusado. Acrescenta-se que existe um vínculo entre a estigmatização que o processo penal proporciona e a garantia da presunção de inocência, na proporção que quanto maior a dilação do tempo do processo penal, a primeira fica mais forte, e a última cada vez mais enfraquecida (LOPES JR. 2018, p. 78).

Por fim, Aury (2018, p. 78) cita que o direito de defesa e até mesmo especificadamente o contraditório restam prejudicados com o excessivo tempo do processo penal, vez que dificulta de forma significativa o exercício da resistência processual, além de importar em maiores custos financeiros tanto para o acusado como para o Estado. Conclui o autor que o rol de garantias feridas aumenta conforme o tempo de tramitação do processo dilata.

Paulo Rangel (2010, p. 46), faz uma crítica ao princípio da duração razoável do processo, afirmando que o dispositivo constitucional (inciso LXXVIII, do artigo 5º da CF) trata-se apenas de “uma norma programática”, na medida que não mostra qual é o prazo razoável do processo. Acrescenta que é ingenuidade pensar que o processo foi instruído para tramitar rapidamente no atual sistema judicial de nosso país.

Conclui, o autor, que a questão do prazo razoável do processo é, na verdade, o direito do acesso à justiça sem demora na obtenção dessa. Se a prestação jurisdicional é demorada, não pode ser chamada de justiça, por outro lado, a prestação imediata, nas palavras do autor, é um “risco à democracia”. Por tais motivos, a prestação jurisdicional deverá ser razoável e

proporcional analisando-se individualmente cada caso que estará sendo apreciado (RANGEL, 2010, p. 47).

Um dos problemas acarretados pela não observância do princípio da duração razoável no processo no caso de haver decretação de prisão preventiva é o excesso de prazo dessa, que implica na ilegalidade da manutenção da medida cautelar, sendo que essa já foi inclusive matéria sumulada no STF, vez que a súmula 697 prelecionou que não é vedado o relaxamento da prisão por excesso de prazo pela proibição de liberdade provisória nos casos de crimes hediondos. Apesar de a referida súmula ter perdido utilidade devido à Lei nº 11.464/07 ter alterado o inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, passando a admitir liberdade provisória nos crimes hediondos, sua ideia inicialmente lançada permanece, de que o excesso de prazo da prisão preventiva leva à ilegalidade do encarceramento, independente da infração cometida pelo réu (TÁVORA, 2014, p. 79).

Quanto à quebra no reconhecimento de excesso de prazo na prisão preventiva, o STJ editou algumas súmulas, tentando evitar alegações de ilegalidade da prisão por conta do excesso de prazo. A súmula 21 determinou que não prospera mais a alegação de constrangimento ilegal de prisão por excesso de prazo uma vez pronunciado o réu; a súmula 52 diz que não prospera a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo na prisão quando encerrada a instrução; a súmula 64 preleciona que o excesso de prazo na instrução não constitui constrangimento ilegal, se provocado pela defesa (TÁVORA, 2014, p. 79).

Távora (2014, p. 79) conclui que, conquanto esses entendimentos do STJ, as referidas súmulas não podem ser tidas como indiscutíveis, na medida que, havendo excesso de prazo na prisão preventiva, essa deverá ser tida como ilegal, e seu relaxamento será imediato e obrigatório.

A fim de dar alguns parâmetros para os prazos de trâmites do processo penal, o legislador fixou alguns limites de prazos para a realização de certos atos no processo penal, conforme já aludido acima. Nessa linha, importante frisar o entendimento de Távora:

Ao estabelecer, no art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna, o princípio da razoável duração do processo, almeja-se evitar dilações processuais indevidas, criando-se uma espécie de *tempo virtual*, como parâmetro para a extensão do processo. Inspirado pelo princípio em voga, o legislador estabeleceu em lei limites para o elastério da instrução, de 60 (sessenta) dias no procedimento comum ordinário (art. 400 do CPP), e de 90 (noventa), para o encerramento da primeira fase do júri (art. 412 do CPP). Por sua vez, a Lei nº 12.850/2013, revogando a Lei nº 9.034/1995, definiu o conceito de organização criminosa e, disciplinando meios de prova, infrações e procedimento, estabeleceu o prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias para o encerramento da instrução, quando o réu estiver preso, prazo prorrogável por até igual período “por decisão motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu” (art. 22, parágrafo único). (2014, p. 80).



Távora (2014, p. 80-81), comenta ainda que a teoria adotada em relação à duração razoável do processo no nosso ordenamento, conforme já comentado no tópico anterior, é a “teoria do não prazo”, uma vez que, na falta de disposições acerca de prazos para os atos do processo criminal, o controle será feito pelo magistrado. Outrossim, apesar da adoção de alguns prazos, como explicado acima, não prejudica a “teoria do não prazo”, vez que sequer há previsão de sanções no caso do descumprimento daqueles.

Logo, a pena imposta a um indivíduo que não foi processado, tampouco julgado dentro de uma duração razoável do processo não atenderá seus objetivos de prevenção e retribuição. A demora na tramitação do processo e o desrespeito à duração razoável desse implica no julgamento de um indivíduo que é totalmente diferente daquele da época do fato, tanto num viés pessoal como social (LOPES JR., 2018, p. 1127).

Desse modo, apesar de a Constituição prever que deverá ser respeitada a duração razoável do processo, não indica qual seria essa duração, nem na letra da CF, tampouco em leis ordinárias. Ademais, deve ser respeitado o princípio da duração razoável do processo e ao mesmo tempo, deverá ser respeitadas todas as garantias processuais penais e constitucionais que possui o acusado, a fim de o processo ter uma tramitação completamente justa.

### **3.3 Danos possíveis decorrentes e sua indenização**

O artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, prevê que o condenado por erro judiciário será indenizado pelo Estado, da mesma forma, o indivíduo que ficar preso além do tempo fixado, ou seja, somente há previsão no caso de um erro por parte do poder judiciário e na fase já de execução de sentença, no caso de o reeducando ficar preso por mais tempo do que fixou a decisão condenatória transitada em julgado (GIACOMOLLI, 2014, p. 377).

Em relação às outras possibilidades de danos que podem ser sofridos pelo acusado, cita-se alguns exemplos, a saber: do preso preventivo que ao final é absolvido ou do réu que ficou preso preventivamente e, ao final, apesar do decreto condenatório, a pena possibilita a substituição da privação de liberdade por pena restritiva de direitos, ou no caso do acusado ficar preso por tempo superior ao que foi fixado na sentença, não há previsão na CF de eventual indenização por parte do Estado, contudo, são fundamentos concretos para uma ação reparatória na área cível (GIACOMOLLI, 2014, p. 378).

Precisa a lição de Lopes Jr. (2018, p. 82), defendendo que deverá haver uma “dilação indevida”, a fim de se verificar se houve ou não um excesso de prazo, seja no trâmite do

processo, seja na prisão preventiva, etc. O autor explica as duas palavras separadamente, na medida que entende por “dilação” a demora quanto aos prazos e termos iniciais e finais fixados na lei, lembrando que o órgão jurisdicional deve impulsionar o processo, na medida que as partes têm o interesse nesse impulso.

Em relação à expressão “indevida”, Lopes Jr. (2018, p. 82) entende que ela imprescindivelmente deverá acompanhar a “dilação”, vez que a dilação, em certos casos, poderá ser legítima, não acarretando nenhum problema no prosseguimento do feito. De acordo com Gimeno Sendra (1996 apud LOPES JR., 2018, p. 82), o excesso de trabalho não justifica a dilação do processo, ou seja, não torna “devida” a dilação “indevida”, sendo que, a última, trata-se da inatividade do órgão jurisdicional.

Lopes Jr. (2018, p. 88) fala em três soluções no caso de ocorrer a dilações indevidas no processo criminal, são elas: compensatórias, processuais e sancionatórias:

Quanto às soluções compensatórias, defende o autor que, em um plano internacional poderia haver um “ilícito legislativo”, na medida que já é de conhecimento a necessidade de legislar sobre o assunto, ou seja, a omissão do legislador causaria a responsabilidade do Estado. Fora do plano internacional, na esfera civil, a solução compensatória poderá se dar por meio de indenização por danos (morais e materiais) independentemente se houve ou não decretação de prisão preventiva. Na esfera penal, a compensação poderá se dar por meio de atenuação de pena ao final do feito por meio da atenuante inominada do artigo 66 do CP, ou até mesmo por meio do perdão judicial, quando cabível (artigos 121, § 5º e 129, § 8º do CP) (LOPES JR., 2018, p. 88).

Ainda sobre as soluções compensatórias na esfera penal, um bom exemplo disso é o instituto da detração, previsto no artigo 42 do CP. Outrossim, os casos de compensação se fundamentam no sentido de que a dilação excessiva da prisão preventiva e do processo penal como um todo, já prejudicou tanto o agente do fato que a aplicação de uma pena, quando do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória, não mais atingirá seus objetivos, tornando-se prescindível (LOPES JR., 2018, p. 88).

A detração penal talvez seja a “indenização” mais conhecida e utilizada. Conforme artigo 42 do Código Penal, ela é cabível nos casos em que houve prisão provisória decretada durante o processo. Dessa forma, nos casos de prisão preventiva, o tempo cumprido de medida cautelar será descontado de eventual condenação criminal por pena privativa de liberdade. Outrossim, cabe destacar que a detração não é cabível quanto às medidas cautelares do artigo 319 do CPP, contudo, é cabível em caso de prisão preventiva domiciliar (CAPEZ, 2014, p. 343).

Sobre as soluções processuais, Lopes Jr. (2018, p. 89) comenta que a mais adequada seria a própria extinção do feito, ou seja, uma vez comprovada a dilação do feito criminal por desídia do Estado, esse perde seu poder punitivo, acarretando o fim do processo. Outros exemplos seriam o arquivamento do processo com a vedação de nova denúncia pelo mesmo fato, a nulidade dos atos realizados, a dispensa da pena, indulto, etc.

Por fim, as soluções sancionatórias tratam de sanções aos servidores que trabalham na tramitação do processo, merecendo aplicação não só do direito civil e administrativo, mas também do direito penal, se a dilação indevida causada por funcionário for tipificada como crime. Um exemplo de punição à servidor por dilação indevida de prazo encontra-se no artigo 93, II, “e”, da CF, que dispõe que o juiz não será promovido, caso reter o processo consigo além do prazo legal, injustificadamente, além de não poder devolver os autos ao cartório sem seu despacho ou decisão (LOPES JR., 2018, p. 90).

Um exemplo de diploma que prevê expressamente o direito de indenização por conta de prisão injustificada ou ilegal é o Código de Processo Penal português, em seu artigo 225. Nas hipótese abarcadas pelo dispositivo, estão o erro grotesco quando da análise das conjecturas fáticas e a corroboração de o preso não ser o autor do fato (GIACOMOLLI, 2014, p. 378).

O excesso de tempo de prisão preventiva é um problema grave. Se essa prisão cautelar ofender sua duração razoável, deverá, necessariamente, ser relaxada, uma vez que se trataria de uma medida ilegal, se mantida (TÁVORA, 2014, p. 742). Ademais, não pode o magistrado, nesse caso, relaxar a prisão e, posteriormente, decretá-la novamente, para garantir a ordem pública por exemplo. Ou seja, não pode o juiz soltar o acusado por conta da ilegalidade por excesso de prazo na prisão preventiva e, logo depois prendê-lo de novo, a fim de tornar o ato legal (TÁVORA, 2014, p. 742).

A fim de evitar prisões preventivas excessivas e desnecessárias, deve se atentar para uma revisão periódica por parte do magistrado, ou seja, se persiste ainda a necessidade daquela medida que ele tomou anteriormente. Qualquer medida cautelar aplicada é situacional. Também não há nenhuma previsão em nosso ordenamento sobre a revisão periódica quanto à prisão preventiva, devendo ser usados outros critérios para que isso ocorra, a exemplo dos atos conclusivos durante o processo (decisão de recebimento da denúncia, decisão que encerra a instrução), além de ser interessante o envio por parte da casa prisional de relatórios acerca do preso preventivo. Ademais, tem-se que a determinação de uma revisão periódica possui relação com o próprio devido processo legal, princípio previsto no artigo 5º, inciso LIV, da CF (GIACOMOLLI, 2014, p. 368).

Portanto, uma forma de evitar os danos decorrentes da prisão preventiva indevida, seria a revisão periódica da medida cautelar. Fernando Capez (2014, p. 347), defende que o juiz deverá se pronunciar acerca da revogação ou manutenção da medida por ele adotada em momentos como o da pronúncia ou da sentença que julga procedente o pedido (analisando se o réu poderá ou não recorrer em liberdade).

Constata-se que a dilação indevida, comentada pela doutrina, causa, por óbvio, um dano ao acusado, dano esse, que deve ou deveria ser compensado/indenizado. Não há normas específicas em nosso ordenamento falando sobre indenização quanto à prisão preventiva indevida. As soluções encontradas pela doutrina seriam voltadas mais para um viés processual, como os já citados exemplos da extinção do feito ou arquivamento com impossibilidade de ser acusado novamente pelo mesmo fato.

### **3.4 Habeas corpus e sua funcionalidade**

O habeas corpus não se trata de um recurso, mas sim de uma ação autônoma de impugnação. É previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso LXVIII, que preleciona que será concedido habeas corpus nos casos de alguém sofrer ou estar ameaçado de sofrer coação em sua liberdade de locomoção, por alguma ilegalidade ou abuso de poder (GIACOMOLLI, 2014, p. 395). Além de previsão expressa na Constituição Federal, há também menção em nosso Código de Processo Penal, que, em seu artigo 647, prevê que será dada a ordem de habeas corpus quando alguém sofrer ou estar na iminência de sofrer alguma violência ou coação contra seu direito de ir e vir (MUCCIO, 2012, p. 1003).

Em relação à legitimidade para impetrar habeas corpus, temos que qualquer pessoa poderá impetrá-lo, em seu favor ou de terceiro, sendo que inclusive o Ministério Público poderá impetrar (artigo 654 do CPP). Ademais, não é necessária capacidade postulatória para impetrar habeas corpus e até mesmo pessoa jurídica poderá impetrar, em favor de um funcionário ou sócio, por exemplo (MUCCIO, 2012, p. 1009-1010).

Quanto ao cabimento do habeas corpus, temos que o artigo 647 do CPP traz a expressão “coação ilegal”, ou seja, será concedida ordem de habeas corpus quanto estamos diante de uma coação ilegal na liberdade de ir e vir. Em seguida, no artigo 648, incisos I a VII, do mesmo diploma legal, temos as hipóteses de quando uma coação será considerada ilegal, passaremos à análise de cada uma delas (AVENA, 2014, p. 1302).

O inciso I fala que a coação será ilegal quando não houver justa causa. Trata-se da situação, por exemplo, de uma prisão realizada sem a situação de flagrância ou sem uma ordem

judicial, ou até mesmo da decretação de uma prisão preventiva sem os pressupostos e requisitos necessários para essa, ou sem fundamentação concreta (LOPES JR., 2018, p. 1125). De outro lado, haverá justa causa quando evidenciada que a decretação de prisão preventiva de um suspeito de um crime é imprescindível para o sucesso das investigações policiais (AVENA, 2014, p. 1302).

A segunda hipótese, prevista no inciso II, preleciona que será coação ilegal quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei. Caberá habeas corpus tanto no caso de o indivíduo estar preso cautelarmente, quando passado o tempo da prisão temporária, por exemplo, ou quando já se trata de prisão definitiva, provinda de uma condenação transitada em julgado, já em sede de execução criminal (TÁVORA, 2014, p. 1288).

Também será ilegal a coação quando quem a ordenar não tiver competência para fazê-lo, é o caso do inciso III, do artigo 648. É o caso de, independente de os requisitos legais e pressupostos da prisão estarem presentes, a pessoa que a decretou, não ter competência para o ato. Por exemplo: não pode um juiz de 1º grau decretar a prisão preventiva de um promotor de justiça, o que fere as regras de competência por conta da função e as questões do foro privilegiado que revestem os promotores de justiça (AVENA, 2014, p. 1303). Por outro lado, não há qualquer ilegalidade na prisão em flagrante realizada pela Polícia Federal no caso de o crime ser de competência da justiça estadual, uma vez que em caso de flagrante, qualquer pessoa poderá realizar a prisão (LOPES JR., 2018, p. 1128-1129).

O inciso IV do artigo 648 do CPP preleciona que será ilegal a coação quando houver cessado o motivo que a autorizou. No caso da prisão preventiva, poderá ocorrer a referida coação ilegal no caso de os motivos ou fundamentos que permitiram a imposição da medida não persistirem mais, como no caso de ser decretada a prisão preventiva por força da conveniência da instrução criminal e essa se encerra, ou seja, não há mais motivos para o encarceramento cautelar do réu, motivo pelo qual deverá ser posto em liberdade (TÁVORA, 2014, p. 1288).

A quinta hipótese de coação ilegal prevista no artigo 648 do CPP é quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que esta está autorizada (inciso V). Lopes Jr. (2018, p. 1129), entende que a interpretação do referido inciso deve ser ampla, na medida que não caberá apenas habeas corpus quando cabe fiança e ela não é imposta ao investigado, o mantendo preso, mas também na hipótese de essa ser extremamente excessiva, impossibilitando o pagamento. Outrossim, há previsão na própria Constituição Federal, que em seu artigo 5º, inciso LXVI, preleciona que quando a lei permitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, ninguém será levado ao cárcere ou nele mantido (CAPEZ, 2014, p. 829).

O inciso VI diz que a coação será ilegal quando o processo for manifestamente nulo. Essa espécie de habeas corpus possui um objetivo específico, na medida que não visa somente a liberdade do indivíduo, mas sim a anulação do processo criminal, seja ela total ou parcial (AVENA, 2014 p. 1304). A nulidade referida é diversa, pode ser por conta da falta de citação do réu, da falta de defesa prévia, da falta de representação da vítima em crime de ação penal pública condicionada, etc. (CAPEZ, 2014, p. 829).

Por fim, o inciso VII do artigo 648 do CPP traz a coação ilegal quando extinta a punibilidade do acusado. Uma vez extinta a punibilidade do agente, não cabe mais a atuação estatal, havendo perda do poder punitivo do Estado, que não poderá sequer proceder à abertura de novo inquérito policial sobre o fato (LOPES JR., 2018, p. 1131).

Em relação à falta de estipulação de prazo máximo de duração da prisão preventiva e sua relação com o habeas corpus, temos que, conforme comentado acima, a Lei nº 12.403/2011, trouxe importantes e boas mudanças em nosso processo penal, contudo, omitiu-se em relação à fixação de prazo para a prisão preventiva, que continua desamparada nesse ponto. Sobre isso, se sustenta a importância do habeas corpus, principalmente quando se fundamenta pelo excesso de prazo. Nesse sentido, incontestemente a lição de Lopes Jr.:

Em suma, pensamos que a questão do excesso de prazo da prisão cautelar deve, em sede de *habeas corpus*, inserir-se na perspectiva da violação do direito de ser julgado em um prazo razoável a partir dos aspectos anteriormente analisados. Ademais, ainda que não esteja cautelarmente preso o réu (ou já tenha sido solto), pensamos que o *habeas corpus* possa ser utilizado como instrumento processual capaz de dar eficácia ao direito fundamental previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição, buscando, através dele, um *mandamento* expedido pelo Tribunal para que o julgador originário cesse imediatamente a dilação indevida (ou estabelecendo um prazo exíguo para que assim proceda diante da inexistência, no sistema brasileiro, de uma solução processual extintiva) (2018, p. 1128).

Avena (2014, p. 997), em relação ao momento que resta surge o excesso de prazo da preventiva, aduz que são diversos fatores que devem ser considerados para tal aferição. Não basta somente uma análise objetiva de uma soma dos prazos para a realização dos atos no processo criminal para se chegar ao fim da instrução, na medida que devem ser considerados diversos fatores que podem causar a menor celeridade na instrução, tais como a complexidade do feito, pluralidade de réus, o modo como a defesa atua, etc.

O habeas corpus trata-se, portanto, de uma ação autônoma de impugnação contra decisões que ferem ou estão por ferir o direito de liberdade. Pode agir de forma direta, no caso por exemplo da prisão preventiva, ou de forma indireta, quanto à abertura de investigação ou já tramitação de processo sem justa causa. A doutrina traz duas funcionalidades ou espécies de

habeas corpus, a saber: preventivo e liberatório. Giacomolli (2014, p. 396), ainda acrescenta uma terceira funcionalidade, ou seja, além da preventiva (quando o sujeito está sob a ameaça de sofrer a restrição da liberdade) e da liberatória (quando o sujeito já está sofrendo a restrição), há ainda a funcionalidade impugnativa colateral, a qual afasta ilegalidades de forma ampla, a exemplo do crime já prescrito ou da insignificância.

O habeas corpus preventivo, portanto, possui incidência nos casos em que o indivíduo está sob a ameaça de sofrer uma restrição ilegal em seu direito de ir e vir, ou seja, no direito de liberdade. (TÁVORA, 2014, p. 1290). Ademais, não basta uma breve ameaça ou medo para ter sucesso o habeas corpus preventivo, na medida em que a iminência de sofrer uma coação ilegal, prejudicando seu direito de ir e vir, deverá ser concreta, séria e devidamente demonstrada (AVENA, 2014, p. 1300). A ordem de habeas corpus preventivo tem como objetivo impedir a persecução de determinado ato ou investigação, evitando, assim, eventual constrangimento ilegal, isso quando a persecução desse ato já não se tratar de um constrangimento ilegal (DIVAN, 2015, p. 336)

Em relação ao habeas corpus liberatório, como o próprio nome indica, visa a liberdade de um indivíduo que já está preso, ou seja, já está sofrendo uma coação ilegal. Quando dada a ordem de habeas corpus liberatório, será imediatamente expedido alvará de soltura, liberando o paciente, conforme preleciona o artigo 600, § 1º, do CPP (RANGEL, 2010, p. 1005).

Alguns doutrinadores, a exemplo de Giacomolli, já citado acima, ainda acrescentam nas espécies de habeas corpus, o colateral (*collateral attack*). Essa classificação de habeas corpus seria uma forma de evitar coações ilegais como um todo, podendo ser utilizado durante o inquérito policial ou na instrução do processo. Da decisão que recebe a denúncia, por exemplo, não há previsão recursal, nesse caso, caberia o habeas corpus colateral, caso evidenciado que não estão presentes os requisitos para o prosseguimento da ação penal (LOPES JR., 2018, p. 1131).

O habeas corpus nasceu em nosso ordenamento jurídico com o Código Criminal do Império, de 1830 e, processualmente, com o Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832. O que ensejou a figura do habeas corpus foram as interpretações sobre “coação ilegal”, prevendo punições para os funcionários da justiça que não soltassem o paciente, sendo admitida, aí, a concessão de habeas corpus. Outrossim, desde 1832 era imprescindível a justa causa na aplicação da medida de prisão do acusado, ou seja, deveria haver proporcionalidade e uma causa fundamentada para o decreto prisional, sendo que, uma vez ausente a justa causa, seria concedida a ordem de habeas corpus (MOURA, 2001 apud DIVAN, 2015, p. 308-309).

O habeas corpus, portanto, figura historicamente como uma verdadeira “fiscalização” política do poder punitivo, funcionando como um remédio nos casos em que não há justa causa para a prisão do acusado e não somente nesses, mas também contra qualquer outro ato que venha a causar eventual restrição ao direito de ir e vir (DIVAN, 2015, p. 368).

Ora, as medidas cautelares e a prisão preventiva são necessárias no ordenamento jurídico, a doutrina defende isso, até mesmo para proteger o processo de conhecimento, conforme já assinalado. Contudo, há de se ter em mente uma série de fatores quando da aplicação de uma medida cautelar em desfavor do acusado, como a proporcionalidade e a necessidade analisando o caso concreto. Nesse ponto, de suma importância a figura do habeas corpus, no caso, por exemplo, de ser decretada a prisão preventiva de um indivíduo que poderia muito bem ter sido evitada de antemão, aplicando-se uma medida diversa e, ainda assim, garantindo a cautelaridade do feito.

O habeas corpus é de extrema relevância também no caso de excesso de prazo na preventiva, ocorrendo a dilação indevida da medida cautelar, por conta do problema jurídico da falta de estipulação de prazo máximo para a preventiva, objeto deste trabalho. Ou seja, temos a figura do habeas corpus como um verdadeiro remédio constitucional, na medida que poderá agir nos casos em que se tem um perigo concreto de futura coação ilegal, nos casos em que já há coação ilegal e em constrangimentos ilegais como um todo. Nessa esteira, valorosa essa ferramenta a fim de preservar os direitos fundamentais individuais.



## CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho, primeiramente abordou as garantias processuais penais. No capítulo, foram estudadas algumas garantias que possui o acusado. Temos, de um lado, o Estado procurando exercer seu *jus puniendi*, e de outro, o indivíduo com suas garantias que deverão ser respeitadas. A presunção de inocência é uma garantia primordial no processo penal, o acusado deverá ser tratado como inocente em todos os atos do processo e até o final deste, ela impõe um dever de tratamento para com o acusado, na medida que o ônus da prova recai todo sobre a acusação. Dentro do mesmo capítulo, foi abordada a excepcionalidade das medidas cautelares, em especial da prisão preventiva. Em síntese, a doutrina brasileira entende que a prisão cautelar é um mal necessário, contudo, é medida totalmente excepcional, ao passo que a liberdade do acusado é a regra.

A segunda parte do trabalho tratou da cautelaridade do processo penal. O processo possui objetivos e, muitas vezes, para que esses sejam assegurados, é necessária a adoção de uma medida cautelar, seja para defender o processo de conhecimento, seja para proteger os interesses da sociedade. Foram vistos os princípios informadores das medidas cautelares, quais sejam: necessidade (deve estar presente um risco que autorize a adoção da medida); adequação (a medida adotada deve ter relação com o crime que está sendo imputado) e; proporcionalidade em sentido estrito (não pode ser adotada uma medida mais gravosa que eventual sentença possa estabelecer no final do processo). Também foram vistas as características das medidas, tais como provisoriedade e revogabilidade.

Ainda no segundo capítulo deste trabalho, foi realizado um estudo da liberdade provisória, que pode ou não vir acompanhada de medidas cautelares diversas da prisão. A doutrina majoritária defende que há uma espécie de “pirâmide”, ao passo que a liberdade do acusado encontra-se no topo, seguida da adoção de medidas cautelares diversas da prisão e, por último, está a prisão cautelar. Outrossim, foi analisada a disciplina legal da prisão preventiva, desde seu momento de decretação, até sua revogação. Com base em estudos doutrinários, foi visto que a prisão preventiva pode ser decretada no Inquérito Policial, durante o curso do feito, ou até mesmo na fase recursal, desde que necessária. Ademais, deverão estar presentes seus requisitos (*fumus comissi delicti e periculum libertatis*) e pressupostos (crime doloso com pena máxima superior a 4 anos). Poderá ser decretada para garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução processual ou para assegurar a aplicação da lei penal. Ademais, poderá ser revogada a qualquer tempo, uma vez desaparecido o motivo que a ensejou.

O terceiro e último capítulo deste trabalho abordou a questão da ausência de prazo na prisão preventiva. Restou observado que em nosso ordenamento vigora a “doutrina do não prazo”, ou seja, embora haja previsões de prazos para alguns atos no processo penal, o descumprimento desses não acarretam nenhuma punição ao órgão/agente que deixou escoar o lapso. Ademais, foram analisadas posições doutrinárias sobre o assunto, sendo que alguns autores defendem que o prazo da prisão preventiva seria o tempo que perdura as circunstâncias que ensejaram o decreto da medida.

Outro ponto estudado foi a questão da duração razoável do processo e sua ligação com as garantias processuais penais. Concluiu-se que o processo deverá tramitar em um tempo razoável, contudo, deverão ser observadas e respeitadas todas as garantias constitucionais e processuais penais que possui o acusado. As garantias vão se perdendo com o deslinde demorado do feito, contudo, deve se fazer uma análise de cada caso individual, uma vez que um processo poderá ter prova pericial a produzir, oitiva de testemunhas e pluralidade de réus, o que, por óbvio, acarreta uma maior demora na resposta jurisdicional.

O último capítulo tratou também dos danos que podem decorrer de uma prisão preventiva ilegal e suas respectivas indenizações. Alguns exemplos de danos foram citados, como o do preso preventivo que ao final do processo é absolvido, ou o que é condenado, mas sua condenação autorizava a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Destaca-se que não há qualquer previsão legal de indenização nesses casos. Da mesma forma, foram analisadas diversas posições da doutrina nacional que aponta algumas soluções, como a ação de danos morais e materiais na área cível. Na área penal haveriam três soluções, quais sejam: compensatórias (com a aplicação da atenuante inominada do artigo 66 do CP, por exemplo); processuais (extinção do feito) e; sancionatórias (punição ao juiz que cometeu um erro grotesco, não sendo promovido, também a título de exemplo).

O ponto final do capítulo foi uma análise do habeas corpus. Foram vistas as hipóteses de coação ilegal que ensejam a ordem de habeas corpus, previstas no artigo 648 do CPP. Ademais, foram vistas as espécies de habeas corpus, que são o preventivo (quando o paciente está sob a ameaça de coação ilegal) e liberatório (quando o indivíduo já está sofrendo a coação ilegal). Parte dos doutrinadores nacionais acrescentam ainda o habeas corpus colateral, que serviria para coações ilegais em um sentido amplo, como no caso de prescrição.

Após extensa análise, conclui-se que a maior parte da doutrina nacional defende a estipulação de um prazo máximo de duração para a prisão preventiva e não só para a medida, mas para o processo penal em si, o que acarretaria menos ilegalidades nas prisões cautelares por excesso de prazo. Outrossim, defende-se a previsão de punições para o descumprimento

dos prazos, o que os tornaria efetivamente eficazes, a exemplo da extinção do processo, ou a imediata soltura do acusado.

Não fosse esse o entendimento do legislador, é defendido ao menos uma previsão de revisão periódica e obrigatória da prisão preventiva, a fim de serem observados a cada lapso temporal ou ato processual se o critério que ensejou o encarceramento do acusado ainda persiste, se é necessária ainda a manutenção da medida ou se ela pode ser substituída por outra menos gravosa ou até mesmo revogada.

É certo que o tema estudado não foi objeto de uma análise aprofundada por parte do legislador, estando nas mãos da doutrina e da jurisprudência elaborarem um raciocínio uníssono sobre o assunto, a fim de aplicar da forma mais correta a lei e a cautelaridade processual penal. A questão ainda é bastante discutida, principalmente pela doutrina, sendo que o remédio constitucional que se tem hoje para a falta de prazo na prisão preventiva é o habeas corpus.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2014;

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 21ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014;

DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo Penal e Política Criminal: Uma Reconfiguração da Justa Causa Para a Ação Penal*. Porto Alegre. Editora Elegancia Juris, 2015;

GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014;

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 15ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018;

MUCCIO, Hidejalma. *Prática de Processo Penal: Teoria e Modelos*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2012;

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2014;

\_\_\_\_\_. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014;

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010;

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Processual Penal Esquematizado*. 6ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2017;

TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 9ª Edição. Editora Jus Podivm, 2014;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2011;

\_\_\_\_\_. *Prática de Processo Penal*. 33ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2011;

\_\_\_\_\_. *Processo Penal, Volume 3*. 35ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013;