

**PRISÃO PREVENTIVA: PRAZO PEREMPTÓRIO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO
ART. 316 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Ji-Paraná
2021

RODRIGO VIEIRA DE CASTRO

**PRISÃO PREVENTIVA: PRAZO PEREMPTÓRIO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO
ART. 316 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Artigo científico apresentado ao Centro
Universitário São Lucas Ji-Paraná –
UniSL, para obtenção de grau na
disciplina Trabalho de Conclusão de
Curso II – TCC II, no curso de Direito,
sob orientação do Prof. Esp. Michael
Lucas Coutinho Duarte.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação - CIP

C355p

Castro, Rodrigo Vieira de.

Prisão preventiva: prazo peremptório do parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal. / Rodrigo Vieira de Castro. – Ji-Paraná, 2021. 22 p.

Artigo Científico (Curso de Direito) Centro Universitário São Lucas, 2021. Orientação: Prof. Esp. Michael Lucas Coutinho Duarte.

1. Prisão Preventiva. 2. Sanção. 3. Medida cautelar. 4. Ilegalidade. I. Duarte, Michael Lucas Coutinho. II. Título.

CDU 343

RODRIGO VIEIRA DE CASTRO

**PRISÃO PREVENTIVA: PRAZO PEREMPTÓRIO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO
ART. 316 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Artigo apresentado à Banca Examinadora do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas, como requisito de aprovação para obtenção do Título de Bacharel em Direito, sob orientação do professor Esp. Michael Lucas Coutinho Duarte.

Ji-Paraná, 18 de maio de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Resultado: _____

Esp. Michael Lucas Coutinho Duarte.

Centro Universitário São Lucas

Titulação e Nome

Centro Universitário São Lucas

Titulação e Nome

Centro Universitário São Lucas

PRISÃO PREVENTIVA: PRAZO PEREMPTÓRIO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 316 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL¹

Rodrigo Vieira de Castro²

RESUMO: A prisão preventiva é uma cautelar extrema que por tradição do sistema inquisitorial, ainda é usado no processo penal brasileiro como *prima ratio* quando deveria ser a última medida cautelar a ser aplicada para proteger os riscos processuais. Dessa forma, sua aplicação demasiadamente não contribui para evolução do sistema, pois na tradição inquisitória essa medida não possui prazo para findar, sendo que atualmente o Código de Processo Penal possui um prazo com sanção relacionado a prisão preventiva. Esse prazo, que é de 90 dias, garante ao acusado a revisão dos requisitos que ensejaram sua segregação, e caso a Autoridade Judiciária não fizer de ofício, a prisão torna-se ilegal. Esse é o ponto chave, quais os efeitos que a desídia do Magistrado causará nesses casos, há algumas possibilidades, tanto pode ocorrer o relaxamento imediato da prisão, como também pode ocorrer de discutir a liberdade nas instâncias superiores através de *habeas corpus*. Por outro lado, em decisão recente, o STF decidiu que esse dispositivo não pode por simples desídia ser causa de liberdade, haja vista que os requisitos estando presentes são maiores que uma omissão do Juízo, e ainda determinou que esse texto legal tão somente garantisse a necessidade da revisão.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Sanção. Medida Cautelar. Ilegalidade.

PREVENTIVE PRISON: PEREMPTORY TERM OF THE SOLE PARAGRAPH OF ART. 316 OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE

ABSTRACT: Pre-trial detention is an extreme precautionary measure that, due to the tradition of the inquisitorial system, is still used in the Brazilian criminal process as a *prima ratio* when it should be the last precautionary measure to be applied to protect procedural risks. Thus, its application too much does not contribute to the evolution of the system, because in the inquisitive tradition this measure has no deadline to end, and currently the Penal Procedure Code has a term with sanction related to preventive detention. This period, which is 90 days, guarantees the accused the revision of the requirements that gave rise to his segregation, and if the Judicial Authority does not act, the arrest becomes illegal. This is the key point, what are the effects that the magistrate's disdain will cause in these cases, there are some possibilities, both immediate relaxation of the prison may occur, as well as the possibility of discussing freedom in higher levels through *habeas corpus*. On the other hand, in a recent decision, the STF decided that this provision cannot simply be a cause of freedom, given that the requirements being present are greater than an omission of the Court, and also determined that this legal text would only guarantee the need for review

Keywords: Preventive Prison. Sanction. Cautionary measure. Illegality.

¹Artigo apresentado no curso de Direito do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná, como requisito para obtenção do título de bacharel, sob orientação do professor Esp. Michael Lucas Coutinho Duarte. E-mail: michael.duarte@saolucasjiparana.edu.br;

²Acadêmica do 9º período do curso de Direito no Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná – UniSL. E-mail: r.castro1194728@gmail.com;

1. INTRODUÇÃO

A prisão preventiva é uma medida cautelar existente no processo penal desde muito tempo, mas o que sempre se questionou foi quanto a sua duração. Algo que no ordenamento jurídico pátrio nunca disciplinou.

Ao longo da história, inúmeras pessoas ficaram presas preventivamente do início do processo até seu trânsito em julgado, mas isso não é razoável, pois fere acentuadamente o princípio da presunção de inocência.

Por isso, a Lei 13.964/2019 – Pacote anticrime – renovou alguns pontos no Código de Processo Penal, entre eles estabeleceu no parágrafo único do art. 316 um prazo para que o magistrado reexamine a necessidade da prisão preventiva decretada. E ainda, colocou como sanção a medida tornar-se ilegal.

Com isso, uma questão fica pairando no processo penal desde o momento em que o dispositivo passou a vigorar, tal qual sejam os efeitos que a desídia do magistrado perante o reexame, de ofício, pode acarretar.

Para tanto, a lei deixa claro que em caso de não reavaliar a necessidade, a prisão tornar-se-á ilegal. Diante disso, a princípio dever-se-ia ocorrer imediatamente o relaxamento da prisão. Ou ainda, os Tribunais, em sede de *Habeas Corpus*, determinar a revogação da prisão preventiva, colocando assim o acusado em liberdade, haja vista a flagrante ilegalidade causada pelo magistrado de primeiro grau.

Assim, a pesquisa foi desenvolvida com vistas a identificar precedentes relevantes do STJ e STF que teve como pedra angular o referido prazo de 90 dias para reavaliação da necessidade da prisão preventiva. Bem como, foi buscado também decisões no âmbito do Tribunal de Justiça de Rondônia.

Dessa forma, com a Doutrina mais atual que versa sobre o tema e os precedentes da justiça, foi possível caracterizar o entendimento do judiciário e verificar semelhanças e peculiaridades entre a Doutrina e os precedentes.

2. HISTÓRICO DA PRISÃO PREVENTIVA

Historicamente a legislação brasileira possui traços da aplicação do direito português que antes da proclamação em 1822 vigorava as Ordenações Portuguesas (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas). Nestas ordenações havia normas de Direito

Penal e Processual penal que já previam que ninguém seria preso sem culpa formada.

Contendo exceções, é claro, em casos de situações de flagrância e também quando o delito era penalizado com morte (gravidade). Salvo nessas situações o acusado só poderia ser preso caso fosse pronunciado (sentença).

O Livro V das Ordenações Afonsinas, que tratava do Direito Penal e do Direito Processual Penal, estabelecia um enorme acervo de absurdos e maldades, e a maioria das normas nesse acervo era conflitante com o grau de progresso daquele tempo. (SILVA, Antônio Julião da. 2015)

E mesmo com o advento da Proclamação da República em 1822, o país continuou tendo como base o direito português que também foi utilizado na Constituição de 1924, mas com algumas modificações.

Esta primeira Carta Magna disciplinou que a culpa deveria ser formada para que alguém pudesse ser preso, salvos nos casos de flagrante delito. Por culpa formada, entende-se que seria a persecução penal, conforme Constituição de 1824, § 8º e 10º:

Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei; e estes, dentro de vinte a quatro horas, contadas da entrada da prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz, e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta a extensão do território, o Juiz, por uma Nota por ele assinada, fará constar ao Réu o motivo da prisão, os nomes de seus acusadores, e os das testemunhas, havendo-as.

A exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita da autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o juiz que a deu e quem a tiver requerido serão punidos com as penas da lei.

Mas em 1832, o Código de Processo impôs que em casos de crimes inafiançáveis a prisão só poderia ser executada por ordem escrita da autoridade legítima, deveria ter um decreto prisional devidamente fundamentado, conforme o Código de Processo de 1832, art. 175:

Poderão também ser presos sem culpa formada os que forem indiciados em crimes em que não tem lugar fiança; porém, nestes e em todos os mais casos, à exceção dos de flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita da autoridade legítima.

Neste momento, entende-se que iniciou no Direito Pátrio o instituto da prisão preventiva com o objetivo de garantir a aplicação da lei. Pois, sendo o cometimento de crime que não cabe fiança, o acusado poderia ser preso, desde que por ordem judicial, com vistas a garantir a aplicação da lei.

Posteriormente, esse instituto foi aprimorado, e em 1869 José de Alencar apresentou projeto para que além do cometimento de crime inafiançável devesse existir também a presunção da autoria declarada através de duas testemunhas, entende-se por presunção de autoria, aquilo que hoje é indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*).

Só é permitida a prisão preventiva por veemente presunção de crime inafiançável, quando essa presunção for estabelecida pela declaração de duas testemunhas que jurem de ciência própria, ou pelo auto de corpo de delito, e quando concorrerem as duas circunstâncias de ser o indiciado pessoa não abonada, sem residência permanente no lugar e de não haver decorrido o prazo de três anos de perpetração do crime. Poderá, todavia, a autoridade, quando se trate de crime muito grave, exigir do indiciado caução ou fiança, no caso de existir contra ele presunção veemente. *Apud* ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. Ob. cit., vol. I, p. 329-330.

Percebe-se, tão logo, que o direito processual penal mais remoto da história brasileira preocupou-se com a aplicação da lei penal, principalmente nos crimes mais graves (inafiançáveis), pois a primeira regra estabelecida foi que era cabível prisão preventiva somente para esses crimes e ainda com a condicionante de ter a presunção estabelecida mediante testemunhas.

Cabe ressaltar ainda, que neste período da história, imperava o sistema inquisitorial, onde a inocência deveria ser provada e não a inocência era presumida (presunção de inocência). Nesse sentido, a prisão preventiva nesse período histórico não tinha caráter de cautelaridade (provisionalidade) e sim uma antecipação punitiva.

Em 1871, foi publicada a lei 2.033 que disciplinou em seu art. 13 a prisão preventiva (antes da culpa formada) quando em crimes inafiançáveis e por mandado escrito, mas também previu que na falta de Juiz, poderia a autoridade policial ou Juiz de Paz ordenar tal prisão.

O mandado de prisão será passado em duplicata. O executor entregará ao preso, logo depois de effectuada a prisão, um dos exemplares do mandado com declaração do dia, hora e lugar, em que effectuou a prisão, e exigirá que declare no outro havel-o recebido; recusando-se o preso, lavrar-se-ha auto assignado por duas testemunhas. Nesse mesmo exemplar do mandado o carcereiro passará recibo da entrega do preso com declaração do dia e hora. (Art. 13, Lei 2.033 de 1871)

Mas em 1892, a Corte Suprema do país vinculou o entendimento mais restritivo sobre esse artigo, no sentido de que para tal decretação era necessário

que a autoridade judiciária tomasse conhecimento do crime, para discriminar a gravidade e assim decidir preliminarmente se cabia ou não fiança.

Não basta, para considerar-se legal a prisão sem culpa formada, que das provas especificadas no art. 13, § 2º, da Lei n. 2.033, de 1871, resultem veementes indícios de ter o culpado cometido um delito qualquer: é demais preciso que a autoridade tenha obtido tal conhecimento do crime, que a habilite a discriminar-lhe a natureza e gravidade, em ordem a poder com segurança decidir preliminarmente se é ou não afiançável. Está neste caso o crime que pode ser provado pelo corpo de delito direto; mas, nem sempre estão nesse caso aqueles que dependem de outras diligências e pesquisas, que só no sumário da culpa se podem fazer, inquirindo-se testemunhas, acerca da sua existência e circunstâncias e do delinquente. *Apud* ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. Ob. cit., vol. I, p. 345.

No advindo do século XX, em 1909 o instituto dessa prisão cautelar foi novamente disciplinado em lei (Decreto 2.110/1909) onde foi ampliou sua aplicação, prevendo o recolhimento cautelar tanto nos crimes afiançáveis, como nos inafiançáveis.

Mas para prender acusado em crime afiançável deveria analisar requisitos subjetivos, como não ter profissão lícita, domicílio incerto, e também requisitos objetivos, como os antecedentes do acusado e sua conduta social.

Art. 27. A prisão preventiva é autorizada de accôrdo com a legislação vigente.

§ 1º Dos crimes afiançáveis quando se apurar no processo que o indiciado:

a) é vagabundo sem profissão lícita e domicilio certo; já cumpriu pena de prisão por effeito de sentença proferida por tribunal competente.

§ 2º, Nos crimes inafiançáveis, enquanto não prescreverem, qualquer que seja a época em que se verifiquem indícios vehementes de autoria ou cumplicidade, revogado o § 4º do art. 13º da lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871 e § 3º do art. 29 do decreto n. 4.824, de 29 de novembro do mesmo anno. (Lei 2.110 de 30 de setembro de 1909)

Já para os crimes mais graves (inafiançáveis) eram necessário somente critérios objetivos: não ter prescrito e com indícios veementes de autoria. Somente essa análise objetiva já justificaria a aplicação dessa medida cautelar extrema, principalmente porque ainda vivenciava o sistema inquisitorial.

Essa linha doutrinária foi mantida até o momento da produção do Código de Processo Penal de 1941, onde foi aberta ampla discussão sobre o assunto durante a sua produção. Para que fosse previsto disposições acerca de elementos de cautelaridade para autorização da segregação.

Veja-se que através dos anos, houve aprimoramentos das regras processuais que foram se encorpando e ganhando forma de maneira a ficar mais robusta e garantir ao réu condição de sua defesa.

Isso porque, ao logo dessa trajetória de criação do Direito Processual no Brasil, os legisladores apesar de estarem no sistema inquisitorial, buscaram respeitar e estabelecer regras para que o jogo entre a defesa e acusação fosse justo e igualitário para que o convencimento do juízo fosse feito somente com as provas lícitas costadas aos autos.

De toda forma, os autores de então discutiam acerca dos fundamentos do instituto, embora, na prática, o cometimento de crime em que não tinha lugar a fiança de per si já permitia a decretação da prisão, sendo essa a prática no mais das vezes corrente. (SILVA, Marcelo Cardozo da. 2016)

Nesse sentido, ao analisar a linha temporal das normas processuais penais tem-se que todas que foram editadas contribuíram para as regras que se tem hoje. Pois, percebe-se que foram pequenas conquistas que deram forma a atual forma do Código de Processo Penal.

Conquistas estas que fizeram com que o jogo fosse equilibrado, essas pequenas vitórias ficam claras quando se vê que no início a regra para a prisão era somente uma: flagrante delito. Ou seja, independente do crime, se estivesse em situação de flagrância poderia e deveria ser preso.

Posteriormente, estabeleceu-se a regra que além do flagrante, poderia segregar cautelarmente nos crimes mais graves (inafiançáveis), através de ordem escrita pelo juiz (decreto prisional).

Seguindo, estabeleceu-se a regra de que deveria ser feito a presunção de culpa (indícios de autoria) através de duas testemunhas, além da ordem escrita. Percebe-se que foram estabelecendo regras para diminuir arbitrariedade do magistrado.

E mais, após a lei estabelecer critérios objetivos, a Suprema Corte vinculou entendimento de que devesse dar conhecimento dos fatos para a autoridade judiciária e esta analisar a gravidade, em cognição sumária, o cabimento ou não de fiança. Esse foi o primeiro critério subjetivo estabelecido para as regras processuais penais.

Percebeu-se então, o quão importante era ter além dos critérios objetivos e subjetivos, para que só fosse decretada prisão preventiva quando realmente

necessário, então se buscou estabelecer riscos que deveriam ser protegidos por medidas cautelares, sendo nesta época a prisão a primeira medida de proteção.

Todas essas teorias reconhecem a necessidade da prisão preventiva; os próprios ORTOLAN e CARRARA, que mais se mostram avessos à medida, não se animam a afirmar a conveniência da sua eliminação. Os abusos e a imprevidência das administrações não constituem razão para abolir-se a medida da prisão preventiva, mas incentivos para restringir os seus casos, tanto quanto possível, aos crimes mais graves e para regular a prudência do arbítrio do juiz em fórmula precisa. (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. Ob. cit., vol. I, p. 352.).

Logo, previu o risco da aplicação da lei, nesse sentido o instituto da prisão preventiva, apesar de continuar sendo a primeira medida a ser ponderada, passou a ter além de critérios objetivos, critérios subjetivos que o Juízo deveria preencher com a análise dos fatos.

Essa é a herança que o sistema inquisitorial deixou para os dias atuais, o entendimento de que preenchidos os requisitos faz-se necessário o cárcere preventivo. Dessa forma, fica claro que as regras estabelecidas no sistema inquisitorial ajudaram na mudança para o sistema acusatório.

Porque não foi preciso prever novos requisitos para a prisão, apenas estabelecer outras medidas cautelares e colocar estas como as primeiras a serem aplicadas e colocar a prisão como *ultima ratio*. Mas ainda hoje, há decisões que possuem resquícios do sistema inquisitivo, onde não é feita a ponderação dos riscos com a suficiência protetiva das medidas cautelares diversas da prisão.

Diante dessa análise histórica, percebe-se que em nenhum momento, àquelas normas mais arcaicas previu prazo para a prisão preventiva, o único objetivo era proteger os riscos para aplicação da lei.

Desse modo, nas atuais regras processuais, tem-se um capítulo exclusivo para a prisão preventiva, iniciando pelo art. 311 e terminando no art. 316, disciplinando que esta cautelar extrema pode ser decretada em qualquer tempo do processo ou mesmo da investigação policial, desde que devidamente requerida pelo Ministério Público, querelante ou por autoridade policial, através de representação.

Diferentemente da prisão temporária que possui um tempo fixado por lei: “A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade” (art.

2º, caput, da Lei 7.960/89), a prisão preventiva pode perdurar por toda a investigação e arrastar até o fim do processo, não havendo prazo.

E dessa forma, o processo penal brasileiro seguiu por muitos anos, sem o magistrado ter obrigatoriedade de rever tal prisão, ou seja, não havia um prazo sanção em se tratando de prisão preventiva.

Mas, com a publicação da lei 13.964/2019, isso foi mudado, de modo que é necessário estarem presentes os motivos da decretação, quais sejam a garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, não esquecendo o caráter de provisionalidade que a prisão preventiva é revestida, conforme art. 312 do Código de Processo Penal:

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

Assim diante desses fundamentos, o magistrado deve justificá-los com a presença de existência de crime, indícios suficientes de autoria e perigo gerado pela liberdade do investigado (*fumus comissi delict e periculum in libertatis*).

Exposto isso, verifica que a legislação penal brasileira sempre teve uma lacuna no instituto da prisão preventiva, a qual seja o prazo sanção e que foi preenchida com o Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019). Com isso, o juiz que ao decretar uma prisão preventiva não tinha o dever de analisar ou rever essa prisão de tempo em tempo, passou a ter a obrigatoriedade (de ofício) de reexaminar a necessidade da manutenção daquela prisão.

2.1 EXCESSO DE PRAZO

Por esse motivo, a Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019 que veio e aperfeiçoou a legislação penal e processual penal, incrementando o parágrafo único no art. 316 do Código de Processo Penal.

O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa)

dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

Essa nova legislação, intitulada por muitos como “Pacote anticrime”, estabeleceu, dentre outras mudanças, este parágrafo único no art. 316, determinando que o juiz (órgão emissor) revise a cada 90 (noventa) dias a necessidade da manutenção da prisão preventiva.

O objetivo principal dessa novidade processual foi vedar a prisão para antecipação do cumprimento de pena, com vistas no princípio da presunção de inocência, conforme previu no §2º do art. 313, que a prisão preventiva não pode caracterizar uma antecipação de pena. (LOPES JR. 2020)

Com o advento deste dispositivo, o número de *Habeas Corpus* aumentou em todo o Brasil e no Tribunal de Rondônia não foi diferente, principalmente aqueles que se baseiam no excesso de prazo, porque o magistrado de primeira instância não reexaminou a necessidade da manutenção.

Dessa forma, foi verificado que Tribunal do Estado de Rondônia não tem reconhecido esse excesso de prazo em prisões preventivas, com mais de 90 (noventa) dias sem reexame do Juiz sobre sua necessidade. Os Desembargadores têm posição fixa seguindo decisões do Superior Tribunal de Justiça que entendem que não reexame é um mero atraso na persecução penal.

A nova redação do art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, operada pela Lei n. 13.964/2019, determina a reavaliação periódica dos fundamentos que indicaram a necessidade da custódia cautelar a cada 90 dias. "Contudo, não se trata de termo peremptório, isto é, eventual atraso na execução deste ato não implica automático reconhecimento da ilegalidade da prisão, tampouco a imediata colocação do custodiado cautelar em liberdade" (AgRg no HC n. 580.323/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 15/6/2020).

Logo, percebe-se que o sistema de prisão preventiva está diante de uma discussão, onde a lei determina a revisão a cada 90 (noventa) dias sob pena de a prisão tornar-se ilegal, e por outro lado os entendimentos jurisprudenciais que não reconhecem esse prazo com sanção.

Noutro giro, o instituto da prisão preventiva é amplamente discutido no âmbito jurídico, seja pelos seus fundamentos e princípios, e, após a Lei 13.964/2019, mas também pelo seu prazo. Porém aplicação dessa novação está sendo mitigada por parte do judiciário.

3. CAUTELARIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

Sobre prisões cautelares existem diversas teorias quanto aos seus princípios e fundamentações, aqui a pesquisa foi baseada na teoria de Aury Lopes Jr 2020 que explana o grave problema das prisões cautelares, qual seja, o paralelismo feito entre o Processo Penal e o Processo Civil. E que não pode ocorrer essa adoção automática, no Processo Penal, de alguma definição ou categoria do Cível.

No mesmo sentido, quando ocorre um crime e inicia-se a persecução penal, as medidas cautelares têm por objetivo garantirem, dentre outros, o desenvolvimento do devido processo. Diante disso, a doutrina tradicional estabelece os termos *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* como requisitos para a decretação, mas essa corrente não pode ser transferida ao Processo Penal. (LOPES JR. 2020).

Para melhor entendimento, o *fumus boni iuris* seria a “fumaça do bom direito” e o *periculum in mora* seria o risco derivado do atraso, mas para o Processo penal deve-se adotar o *fumus comissi delict* e o *periculum in libertatis*, onde é analisado a “fumaça de cometimento do delito” e “o perigo da liberdade”. Assim, explica Lopes Jr. (2020. p.633):

Delimitado o objeto das medidas cautelares, é importante frisar nossa discordância em relação à doutrina tradicional que, ao analisar o requisito e o fundamento das medidas cautelares, identifica-os com o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, seguindo assim as lições de CALAMANDREI [sic] em sua célebre obra *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. De destacar-se que o trabalho de CALAMANDREI [sic] é de excepcional qualidade e valia, **mas não se podem transportar alguns de seus conceitos para o processo penal de forma imediata e impensada, como tem sido feito.** (grifo nosso)

Veja-se a diferença entre os termos, os primeiros são ideais no Processo Civil, onde se presume o bom direito e os riscos que eventual mora pode acarretar ao processo. No Penal, que está sempre diante do cometimento de crimes, é essencial que os requisitos que decretam o cumprimento de medidas cautelares sejam aplicados mediante análise do caso concreto, avaliando o vestígio do cometimento do delito e os indícios de autoria (*fumus comissi delict*).

Já o *periculum in libertatis* não é um mero requisito, e sim um fundamento, pois nele avalia-se a situação do perigo que a liberdade do indivíduo pode causar. A partir dessa análise fica claro que o *periculum in mora*, no processo penal, torna-se o *periculum in libertatis* podendo ser justificado pelo perigo de fuga, destruição de provas, e outros. (LOPES JR. 2020)

Ainda analisando este sentido das prisões cautelares, temos os seus princípios norteadores. Nesse prisma, lembra-se que as prisões cautelares só podem ser decretadas por autoridade judiciária (Princípio da Jurisdicionalidade) e devidamente fundamentadas (princípio da motivação). Diante de tal afirmação pergunta-se: e a prisão em flagrante? Ela é uma prisão pré-cautelar, não há que se falar em jurisdicionalidade, porque o controle jurisdicional inicia-se quando a autoridade policial comunica tal prisão com o Auto de Prisão em Flagrante Delito (motivação). (LOPES JR. 2020)

Falando ainda deste princípio, ele fica claro e consagrado quando se lê o Art. 5º, LXI na Constituição Federal: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou **por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.” (grifo nosso).

Além disso, pode-se dizer que a jurisdicionalidade está ligada ao princípio do devido processo legal, conforme termos do art. 5º, LIV da Constituição Federal “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Não obstante, tem ainda o princípio do contraditório que é de suma importância e que fica evidenciado no Art. 282 §3º do Código de Processo Penal:

Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, **o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias**, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional. (grifo nosso).

Diante do dispositivo, fica evidente a obrigatoriedade do contraditório porque a parte contrária no processo penal só pode ser a defesa, já que o Ministério Público não sofre medida cautelar. Mas há exceções também, como nos casos de urgência ou de perigo em que o juiz das garantias pode decretar uma preventiva sem o contraditório, porém devidamente fundamentada com elementos do caso concreto, sem argumentação genérica ou vaga que caiba em qualquer caso. (LOPES JR. 2020)

Outro ponto de grande importância, que deve ser analisado na decretação de prisão preventiva, é seu caráter de provisionalidade. Esse princípio estabelece que essa cautelar extrema é para proteção de algo situacional ou provisório, pois assim

que um dos requisitos da decretação (*fumus comissi delicti ou periculum libertatis*) exaurir-se a prisão deverá ser relaxada, mesmo que de forma fiscalizada com cautelares diversas do art. 319 do CPP, como proibição de ausentar-se da comarca, monitoração eletrônica, comparecimento periódico ao juízo.

A legislação de processo penal é clara quanto a essa provisionalidade, quando em seu art. 282 §5º do CPP determina o seguinte: “O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou **substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista**, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.” (grifo nosso).

Assim como, havendo novamente a necessidade as medidas cautelares cessadas ou abrandadas poderão ser novamente decretadas.

Ainda nesse princípio, quando se analisa a liberdade humana não pode haver dúvidas, e a provisionalidade é um precursor que garante que a prisão preventiva tenha um tempo razoável durante o procedimento judicial para não apresentar caráter de antecipação punitiva. Ao contrário, deve estar sempre atento para que caso os motivos cessem, possa requerer a soltura por via de *habeas corpus*, por exemplo.

No liame jurídico desse princípio, existe outro que é o da atualidade ou contemporaneidade do perigo. Como ficou subentendido, a medida extrema é a tutela para alguma situação dentro do processo que só pode ser garantida se o réu tiver preso. Assim sendo, Aury Lopes Jr. se posiciona “[...] Para que uma prisão preventiva seja decretada, é necessário que o *periculum libertatis* seja atual, presente, não passado e tampouco futuro e incerto [...]” (LOPES JR. 2020. p.640).

Foi diante de reflexões como esta, que o sistema jurídico passou a capitular sobre a obrigatoriedade da contemporaneidade do fato, nada mais justo, pois qual o perigo existente em colocar um acusado preso por fato passado? Os precedentes da justiça têm identificado e garantido esse princípio, por exemplo, o RHC 67.534/RJ, de Relatoria do Min. Sebastião Reis Júnior afirma a necessidade de “atualidade e contemporaneidade dos fatos”. (Apud LOPES JR. 2020, p. 641).

A partir daí, essa outra lacuna passou a ter que ser preenchida, e com a Lei. 13.964/2019 foi inserido o parágrafo segundo no Art. 312 que contendo essa obrigatoriedade. Portanto, “[...] A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada **em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos** [...]”. (grifo nosso) (LOPES JR. 2020, p. 641)

Dessa forma, com a clareza que o Magistrado deve reexaminar a sua decretação de prisão preventiva, é preciso conhecer quais efeitos que a desídia pode ocasionar. A priori, a realidade é que o acusado continua segregado e a sua defesa deve brigar, nas instâncias superiores, em via *Habeas Corpus* por essa liberdade.

Isso acontece porque ainda é algo que não está pacificado pelos Tribunais, muito menos no primeiro grau, a desídia não é vista como causa de por o acusado em liberdade. E isso, expõe a flagrante ilegalidade que está ocorrendo, qual seja os Desembargadores, em seus votos, colocarem que o prazo de 90 (noventa) dias não é mera soma aritmética e que se deve usar da razoabilidade e proporcionalidade para apontar a ilegalidade da prisão. Com isso vai criando-se precedentes e a inovação passa a ficar em desuso.

E mais, entendem ainda que se o juízo de primeiro grau ao prestar informações ao Tribunal, sobre o referido caso (para os Desembargadores decidirem a ordem de *Habeas corpus*), fizer o reexame da prisão preventiva, não há que se falar em ilegalidade, ou seja, o Tribunal convalida uma ilegalidade. Isso é comum no Tribunal de Justiça de Rondônia, os Desembargadores aceitam que uma ilegalidade seja estancada mesmo após produzir efeitos. (precedentes)

Pois bem, com essas considerações não há dúvida que a prisão preventiva mesmo após tornar-se ilegal, não está ocorrendo nenhum relaxamento, muito menos substituição ou revogação de prisão por esse motivo, está ocorrendo que o magistrado está reexaminando quando lhe é solicitado informações em sede de *habeas corpus* no Juízo de segundo grau, conforme ocorrido no HC 0805268-18.2020.8.22.0000, onde no voto o Des. Relator José Jorge Ribeiro da Luz disse:

Portanto, **a revisão da prisão ocorreu poucos dias após completar o prazo estabelecido no CPP, já que a manifestação anterior ocorreu nos dias 06/04/2020 e 08/04/2020**, conforme apontado pelo próprio impetrante. Por tais razões, inexistente qualquer constrangimento ilegal, uma vez que revista a prisão e mantida em decorrência da permanência dos seus requisitos. Assim, deve ser mantida a prisão preventiva do paciente, pois realizada em harmonia com a legislação processual penal e sem ofensas às garantias constitucionais previstas. (grifo nosso)

Outro ponto, a tradição que os Magistrados de primeiro grau têm de usar da prisão preventiva como *prima ratio*, é muito prejudicial ao processo porque o réu ao ser julgado, caso esteja preso a tendência do magistrado é a condenação,

diferentemente se estiver solto, quando terá muito mais chance de ser absolvido ou mesmo ter uma pena mais branda. (LOPES JR. 2020)

Além disso, essas decisões desrespeitam o princípio da excepcionalidade, onde a decretação de prisão preventiva requer que as medidas cautelares diversas do 319, CPP, sejam inadequadas e insuficientes para a proteção dos riscos do Art. 312, CPP. (LOPES JR. 2020)

Quando se fala de riscos, é imprescindível que se adote o princípio da proporcionalidade na escolha da medida cautelar, não podendo desta forma uma medida cautelar ser decretada sem estar fundamentada no caso concreto, ou com desequilíbrio entre o risco e a medida. Ou seja, é inadmissível que o magistrado use argumentos vagos, genéricos, ou até mesmo adote o núcleo do tipo penal para determinar os requisitos de uma prisão preventiva, por exemplo. (LOPES JR. 2020).

Quando falamos de proporcionalidade fica explícita a adequação, sobre isso Aury Lopes Jr. fala o seguinte:

A adequação informa que a medida cautelar deve ser apta aos seus motivos e fins. Logo, se quaisquer das medidas previstas no art. 319 do CPP se apresentar igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, **reservando a prisão para os casos graves, como *ultima ratio* do sistema.** A adequação vem ainda prevista expressamente no inciso II do art. 282 do CPP. (grifo nosso) (2020. p. 648)

Portanto, na aplicação da prisão preventiva é essencial que o juiz utilize da ponderação para escolher a medida cautelar que protegerá os riscos adequadamente ao caso concreto e a cautelar extrema fique como a última ferramenta do sistema.

Seguindo neste diapasão, tem-se ainda a grande gama de prisões em flagrante convertidas em prisão preventiva, mas isso não é o problema e sim se essa conversão ocorrer de ofício. Neste caso, seria ilegal, pois essa conversão precisa ser motivada, seja pela Autoridade Policial ou pelo Órgão Ministerial.

É o que preconiza o art. 311 do Código Processo Penal: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”

Não há previsão legal para a decretação de ofício pelo Juiz, é o princípio da motivação, precisa ser motivado o Juízo para que a prisão preventiva ser decretada. E ainda, a lei estabelece os mecanismos de motivação: Requerimento do *Parquet*, querelante ou assistente acusação, ou por representação da Autoridade Policial.

Porém, como dito antes, essa prisão, além de motivada, precisa ser necessária e adequada ao caso, sempre ponderando primeiro se as cautelares diversas são suficientes para a proteção, e também não se pode usar-se do núcleo do tipo penal como requisito do *periculum in libertatis*, pois se deve buscar nos autos o perigo concreto para a prisão.

E mesmo que estejam presentes todos os requisitos necessários para a decretação de prisão preventiva, o juízo de primeiro grau deve reexaminar tal decreto, sob o prisma da sua necessidade de manutenção. Sendo que, caso não o faça, a ilegalidade estará consumada e não poderá ser estancada posteriormente.

3.1 DO ENTENDIMENTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Esta discussão acerca do parágrafo único do art. 316 está tão atual que recentemente, no dia 15 de outubro de 2020, o Ministro Presidente do STF, Luiz Fux utilizou de sua autonomia de Presidente da Corte para cassar a decisão liminar que o Min. Marco Aurélio havia deferido dias antes no HC 191836/SP.

O Min. Marco Aurélio, então Relator, entendeu haver a presença do constrangimento ilegal no caso, onde o Paciente estava preso a mais de 90 (noventa) dias e a Autoridade Coatora não havia reexaminado a necessidade da cautelar.

Acertadamente, o entendimento deve ser aquele do Ministro Marco Aurélio , mas o caso em questão é muito grave, porque o Paciente desse *writ* é um dos maiores traficantes do país, e por isso tomou tanta repercussão que fez o Min, Luiz Fux levar o caso para o plenário que por nove votos a um, cassaram a decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, e indeferiram a liminar, mesmo o Presidente do STF não possuía autonomia para cassar decisões de seus pares e levá-la ao plenário.

Ainda assim, o Ministro Fux não desconsiderou que a prisão preventiva precisa ser reanalisada, seu voto foi seguido pelos demais Ministros somente no ponto de considerar que a excepcionalidade do caso, que o Paciente é um dos líderes de uma das grandes facções criminosas do país. E ainda, os outros Ministros apesar de seguir o voto do Presidente nesse ponto, salientaram que o Min. Luiz Fux sendo presidente não tem hierarquia sobre as decisões dos demais e que somente por causa da excepcionalidade do caso o voto estava sendo seguido.

Porém, com esse julgado referendou-se que o não reexame dentro dos 90 (noventa) dias não garante automaticamente a liberdade do agente. E sim, que o dispositivo normativo, somente garante ao acusado que sua prisão seja reexaminada a cada noventa dias sobre sua necessidade, tendo assim a possibilidade de sua discussão a cada trimestre, conforme Acórdão.

Reafirma-se, portanto, a posição do PLENÁRIO desta SUPREMA CORTE, no sentido de que o transcurso do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal não acarreta, automaticamente, a revogação da prisão preventiva e, conseqüentemente, a concessão de liberdade provisória. (Ementa HC 191836/SP. Rel. para Acórdão Min. Alexandre de Moraes)

Como visto essa decisão apesar de ser algo que precisava ser feito, foi realizada com o caso inapropriado, pois se utilizou de fato muito grave que possui muitas peculiaridades e que não devem ser superadas automaticamente. O que pode ter prejudicado casos mais simples que estivessem com o mesmo direito em questão.

Dessa forma, o entendimento que foi colocado como precedente, por enquanto, é que o prazo de 90 (noventa) dias não é peremptório e que não garante o relaxamento automático da prisão, mesmo que contrariando o que está explícito no texto legal, este é o atual entendimento da Suprema Corte.

Contudo, por haver poucas discussões, esse entendimento ainda pode ser superado. Podendo outro julgamento ocasionar *overruling* desse entendimento, firmando parecer diferente.

4. CONCLUSÃO

Portanto, tendo em vistas as circunstâncias apresentadas, percebe-se que a prisão preventiva possui, atualmente, um prazo peremptório estabelecido no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal. Porém, esse dispositivo está com entendimento no STF (HC 191836/SP) que a desídia do magistrado de primeiro grau não é causa automática de revogação da prisão.

Tal precedente foi estabelecido após o julgamento no plenário, em que por maioria os Ministros entenderam que a normativa legal somente garante ao réu o direito de ter a necessidade de sua prisão discutida a cada 90 (noventa dias).

Nesse sentido, em que pese a legislação ser clara em dizer que a prisão se tornará ilegal, essa sanção foi desconsiderada pelo Supremo Tribunal Federal, porque os Ministros estavam diante de um caso grave, com paciente conhecido nacionalmente pelos seus crimes e então essas circunstâncias foram maiores, de modo a desconsiderar a ilegalidade para proteger os riscos que o paciente causaria, caso estivesse solto.

O entendimento, não é totalmente desaproveitado, porque se por um lado foi desconsiderada a ilegalidade do não reexame obrigatório da prisão cautelar, por outro lado, estabeleceu-se um precedente que garantirá que grandes casos (graves) não sejam julgados como se simples fossem.

Garantindo assim, que grandes criminosos não se aproveitem desse direito que a novação trouxe as normas processuais penais. E que aqueles que fazem jus ao direito de revogação da prisão, tenham esta reexaminada e com a avaliação de que os riscos não mais existam, seja assim a prisão revogada.

5. REFERÊNCIAS

LOPES JR, Aury. Prisões Cautelares e Liberdade Provisória. In: __ **Direito Processual Penal**. São Paulo, 17 ed. Saraiva Educação, 2020. Cap. XI, p. 627-743.

BRASIL, Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL, Casa Civil. **Código Processo Penal. Decreto-lei n. 3.689 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm

BRASIL, Casa Civil. **Lei das Prisões Temporárias. Lei n. 7.960 de dezembro de 1989**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm

BRASIL, Secretária-Geral, subchefia para assuntos jurídicos. **Pacote Anticrime. Lei n. 13.964 de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 191836**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6012107>

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Decreto n. 2.110 de setembro de 1909**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-2110-30-setembro-1909-580312-publicacaooriginal-103262-pl.html>

DA ROSA, Alexandre Moraes, LOPES JR, Aury. **Podcast: Criminal Player**. Spotify. São Paulo, 2020.

SILVA. Antônio Julião da. **Empório do Direito**. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-direito-penal-e-sua-execucao-no-brasil-colonial-a-influencia-portuguesa-e-o-papel-do-clero-1508704569#:~:text=At%C3%A9%20Proclama%C3%A7%C3%A3o%20da%20Independ%C3%Aancia,Direito%20portugu%C3%AAs%2C%20especialmente%20as%20Ordena%C3%A7%C3%B5es.&text=Durante%20o%20per%C3%ADodo%20colonial%2C%20vigoraram,substitu%C3%ADas%20pelo%20C%C3%B3digo%20de%20OD.>

SILVA. Marcelo Cardozo da. **Pitacos Jurídico em Gotas**. Rio Grande do Norte, 2016. Disponível em: <https://blogdomarcelocardozo.com/2016/06/18/uma-breve-historia-da-prisao-preventiva-no-brasil/#:~:text=Em%201942%2C%20sob%20inspira%C3%A7%C3%A3o%20do,312.>