

## UMA ANÁLISE DA ANTECIPAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA EM FACE DA AUSÊNCIA DE PRAZO FINAL NA PRISÃO PREVENTIVA

### AN ANALYSIS OF THE ANTICIPATION OF SENTENCE COMPLETION IN VIEW OF THE ABSENCE OF A FINAL TERM IN PRE-TRIAL DETENTION

Claúdio Pereira da Cunha Júnior<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo se propõe a analisar os principais aspectos da antecipação do cumprimento da pena em razão da prisão preventiva, sendo ela uma modalidade de prisão processual muito atacada, mas aceita socialmente em razão de ser conhecida como necessária. Consistindo em uma restrição à liberdade de locomoção do investigado, antes mesmo de uma sentença condenatória, em virtude da necessidade de manutenção da ordem pública e da proteção do processo penal. Todavia, devido ter caráter excepcional, deve ser decretada apenas quando comprovada a real necessidade e estiverem presentes os requisitos legais. Ainda que haja uma sistemática para sua decretação, o instituto é vítima da banalização, tendo como consequência desse processo, a violação dos direitos fundamentais do homem, insegurança jurídica e a degradação carcerária. Mediante tal cenário, traçou-se uma trajetória para o desenvolvimento do estudo deste tema que proporciona um panorama do instituto e aborda as principais discussões acerca de sua utilização e amplitude, tal como ressalta impactos diretos.

4336

**Palavras-chave:** Antecipação. Cumprimento da pena. Ausência de prazo. Prisão preventiva. Direito Penal.

**ABSTRACT:** This article proposes to analyze the main aspects of the anticipation of the fulfillment of the sentence due to preventive detention, which is a modality of procedural detention that is much attacked, but socially accepted because it is known as necessary. Consisting of a restriction on the freedom of movement of the investigated person, even before a conviction, due to the need to maintain public order and the protection of criminal proceedings. However, due to its exceptional character, it should only be decreed when the real need is proven and the legal requirements are present. Although there is a system for its enactment, the institute is a victim of trivialization, resulting in the violation of fundamental human rights, legal uncertainty and prison degradation as a result of this process. In light of this scenario, a trajectory was traced for the development of the study of this theme, which provides an overview of the institute and addresses the main discussions about its use and scope, as well as direct impacts.

**Keywords:** Anticipation. Fulfillment of sentence. Absence of term. Preventive detention. Criminal law.

<sup>1</sup> Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fаметro. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-1156-4373>.

## I INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como tema central a análise da antecipação do cumprimento da pena em face da ausência de prazo final na prisão preventiva. Considerando a importância desse assunto a partir da necessidade de igualdade proporcionada pela lei, este texto apresenta a abordagem da questão jurídica diante da ausência de prazo final na prisão preventiva, além de discutir suas implicações na prática jurídica.

O objetivo deste trabalho é investigar as relações existentes na área do Direito Penal Brasileiro e, particularmente, a referida questão do cumprimento antecipado da pena em face da ausência de prazo final na prisão preventiva, juntamente com as análises feitas a partir do tema em tela. Embora, via de regra, a prisão preventiva tenha como objetivo a garantia da ordem pública e da instrução processual, é importante destacar que, no contexto em que se encontram hoje, ela se torna um requisito oneroso a partir do não cumprimento de seu prazo final, devendo o Estado convergir à adequação da lei para garantir a segurança jurídica do cidadão.

Assim, torna-se relevante esse estudo que visa investigar a análise da antecipação do cumprimento da pena em face da ausência de prazo final na prisão preventiva. Portanto, para análise do tema em questão, a pesquisa se caracteriza como uma pesquisa qualitativa de abordagem bibliográfica, privilegiando o estudo de textos legislativos, clássicos da área do Direito Penal, doutrinas e artigos científicos. Isso porque os materiais pesquisados auxiliam na visão multidisciplinar da problemática abordada, possibilitando assim um exame das peculiaridades do tema em estudo.

Portanto, este estudo tem como objetivo responder à seguinte indagação: como se dá a antecipação do cumprimento da pena em face da ausência de prazo final na prisão preventiva? Ao responder a essa indagação, o presente estudo pretende contribuir para esclarecer as relações existentes na área do Direito Penal brasileiro, especificamente na área relacionada à prisão preventiva. Além disso, o estudo apresentará o panorama geral do tema abordado, a análise teórica dos temas relacionados, a discussão das principais teorias sobre o assunto e a evolução histórica da temática sobre prisão preventiva.

Espera-se, assim, que o resultado deste estudo seja uma contribuição significativa para o entendimento das relações existentes na área do Direito Penal brasileiro, trazendo à luz questões críticas a serem debatidas, considerando os princípios da igualdade material, humanidade e garantia da liberdade.

## 2 A PRISÃO PREVENTIVA COMO INSTITUTO DA PENA

A prisão preventiva, gravosa medida contra a liberdade prevista no Código de Processo Penal pátrio, é um tipo de prisão cautelar, isto é, permite a mitigação do direito à liberdade do indivíduo ainda que não vigore contra este qualquer condenação penal transitada em julgado. Eis breve conceituação da doutrina:

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere, por absoluta necessidade da instrução processual (...) o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. A prisão no processo penal equivale à tutela de urgência do processo civil. Ilustrando, o art. 300 do CPC: “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (NUCCI, 2020, p.937).

A inexistência de previsão legal para tal hipótese, extinta por força da Lei nº 13.964/2019, encontra-se em consonância com o sistema acusatório adotado pelo Brasil. Entende-se que, do contrário, haveria confusão entre magistrado e parte, na medida em que pouco parece razoável um juiz, sem qualquer pedido das partes e em inobservância ao seu dever de imparcialidade, atue de ofício para a decretação de providência tão grave.

Nessa toada, Aury Lopes (2021, p.71) sintetiza como um “erro duplo” a decretação de ofício da prisão preventiva que foi por anos tolerada em função de uma “cultura inquisitória” em vigor, pois esta constituiria “franca violação ao sistema acusatório” e implicaria em “grave sacrifício da imparcialidade judicial”, com o magistrado deixando de manter a devida equidistância das partes.

Por outro lado, resta claro que, uma vez decretada, poderá o magistrado agir de ofício para a revogação da prisão preventiva. Isto decorre, para além de todos os valores fundamentais envolvidos na concessão da liberdade ao paciente, de expressa previsão do artigo 316 do CPP, bem como do seu parágrafo único, sobre o qual se discorrerá aprofundadamente adiante. Para a decretação desta medida, fundamental é a observância ao artigo 312 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (BRASIL, 1941)

Ao determinar que é necessário indício suficiente de autoria para a formulação de um decreto de prisão preventiva, tem-se aquilo que a doutrina chama de “*fumus comissi*

*delicti*” (“fumaça do cometimento de delito”), que diz respeito à existência do crime e indícios de autoria na pessoa do imputado. Quanto à natureza jurídica do instituto em comento, o qual trata-se de uma medida cautelar antecipatória. Quando comparado ao processo civil vê-se uma certa proximidade nas conceituações, entretanto, com as devidas ressalvas, uma vez que no processo civil há de se notar cunho patrimonial, ao passo que no processo penal está envolvido um dos principais direitos fundamentais, a liberdade.

Ademais, não se pode confundir a prisão preventiva com prisão temporária, pois, a prisão temporária só pode ser decretada durante a fase pré-processual, está disciplinada na Lei nº 7.960/89, art. 1º, inciso I, II e III, enquanto, a prisão preventiva pode ser decretada tanto durante a fase de investigação policial quanto durante o processo, nos termos do Art. 311 do Código de Processo Penal. Nesse caso, não há um rol taxativo de delitos em relação aos quais seja cabível a decretação da prisão preventiva, bastando, para tanto, o preenchimento dos pressupostos constantes do art. 313 do Código de Processo Penal.

Porém, a prisão temporária possui prazo predeterminado de cinco dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, conforme disposto no art. 2º da Lei nº 7.960/89. Nesse contexto, a prisão preventiva não possui prazo determinado, todavia, com a inovação introduzida pelo pacote anticrime (Lei nº 13.964/19) impõe que as circunstâncias que ensejaram a prisão devem ser reavaliadas a cada noventa dias.

## 2.1 Características da prisão preventiva

A prisão preventiva é o ato dos agentes de segurança pública de aprisionar o cidadão, ou seja, privá-lo da liberdade e sujeitá-lo ao controle da prisão. Tal medida é tomada como forma de garantir o interesse social, a garantia da ordem pública ou a indagação de materialidades dos crimes.

De acordo com Nucci (2020), é possível que seja aplicada durante as investigações da polícia judiciária, desde que existam elementos suficientes para considerar que o cidadão possa cometer outro crime, ou ainda, para impedir que ele execute certas medidas específicas, como a de se interferir com os meios de prova ou de intimidar testemunhas. Por isso, a prisão preventiva dá às autoridades um pouco de tempo para obterem as informações necessárias para desenvolver uma acusação.

Além de preservar a ordem pública, garantir o bom andamento da investigação e

previne que a vítima sofra outros crimes, a prisão preventiva também busca consistentemente desencorajar a prática desse tipo de delitos criminais, pois força o acusado a enfrentar as consequências judiciais de seus atos. O Tribunal Constitucional tem sido claro que, no caso de prisão preventiva, são cabíveis as decisões que contemplem a liberdade, como condenação para o pagamento de fiança, medidas cautelares alternativas, monitoramento eletrônico, entre outras. O objetivo é de preservar dos direitos fundamentais do acusado, enquanto se cumpre o procedimento criminal, mas também o interesse público.

É importante ressaltar que a prisão preventiva é bastante criteriosa e não pode ser aplicada de forma indiscriminada. Ela só se torna necessária em situações em que não há elementos suficientes para prender o acusado formalmente. Portanto, ela não pode ser considerada uma pena e sim simplesmente uma medida destinada a resguardar interesses públicos, garantindo assim o princípio da segurança jurídica.

## 2.2 Pressupostos e requisitos

Os pressupostos e requisitos autorizadores da aplicação da prisão preventiva estão elencados no art. 312 do Código de Processo Penal. Antes, porém, convém ressaltar que pressupostos e requisitos não é unívoca, e sim uma complementação de ambos, é o que se extrai dos dizeres de MACHADO CRUZ (op. cit. p. 83), "a terminologia aqui empregada, relativamente a pressupostos e requisitos, não é unívoca.

O *fumus comissi delicti* consiste na prova da existência do crime e em indícios suficientes de autoria, ou seja, é a provável existência da prática criminosa e a ligação direta com o sujeito que supostamente tenha cometido. Sendo que indícios suficientes de autoria, segundo Noberto Avena (2022, p. 950), "é aquele que, muito embora situado no campo da probabilidade, baseia-se em fatores concretos indicativos de que o indivíduo, efetivamente, possa ter praticado a infração penal sob apuração".

No que se refere à prova de materialidade delitiva, o mesmo autor (ibid.) descreve que, "trata-se da documentação que demonstra nos autos, a efetiva ocorrência da infração penal". Enfatiza-se que a Lei exige a absoluta certeza dessa realidade fática, podendo ela ser demonstrada por meio do exame de corpo de delito, documentos, prova testemunhal, entre outras formas.

O *periculum libertatis* refere-se à necessidade de privar a liberdade do investigado,

antes da condenação definitiva, em razão de sua periculosidade, ou do seu risco iminente de fuga, ou, ainda, dos embaraços que ele possa vir a causar ao andamento do processo. Esse pressuposto visa garantir que o criminoso não acarrete risco à ordem pública, à ordem econômica, à conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal. Aury Lopes Júnior (2021) salienta que esse perigo deve ser atual, ou seja, deve se localizar no presente, visto que se ele for cessado, a necessidade da segregação do agente se torna inviável. Além disso, é necessário verificar-se a insuficiência de outras medidas alternativas à prisão em prevenirem o risco evidenciado.

Frisa-se, por fim, que não existem regras gerais ou padrões que definem o que deve ser considerado para a configuração dos pressupostos, ficando a cargo do magistrado fazer esse juízo de valor. Diante disso, tem-se que os pressupostos são a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Ao passo que os requisitos são a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, sem os quais não poderá ser decretada a prisão preventiva.

### 3 A FALTA DE DEFINIÇÃO LEGAL E NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA

4341

Conforme se nota, não há no ordenamento jurídico qualquer dispositivo que preveja, de forma expressa, qual deverá ser o prazo de duração da prisão preventiva. No caso do processo penal, e particularmente no âmbito da prisão preventiva, que constitui direta restrição à liberdade de locomoção do indivíduo, resta claro que a obediência a este princípio será particularmente relevante, conforme se aponta:

Por fim, a razoável duração do processo também protege o jurisdicionado para que ele não seja submetido ao processo judicial por um período de tempo maior do que o necessário. (...) Outro exemplo, ainda mais ofensivo, pode ser dado no campo penal, em que o suspeito tem sua liberdade restrita por um dos motivos que autorizam a prisão preventiva e o julgamento se desenvolve lentamente por causa de uma série de dilações indevidas. (VAZ, 2013, p. 27)

Em que pese a existência de tais princípios, tendo em vista a gravidade e o caráter excepcional do instituto da prisão preventiva, tem-se que a falta de uma expressa definição legal acerca do tema não é poupada de críticas por parte da doutrina, que defende a necessidade de se estabelecer prazos específicos para esta modalidade de segregação, conforme se vê:

É tempo de reverter essa trágica situação, por tudo vergonhosa, sequer suplantada pela inclusão do inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição da República, pela emenda constitucional 45/04, que impõe a duração razoável do processo, também sem estabelecer balizas temporais definidas, à mercê de critérios subjetivos do julgador e adstritos à casuística. Mas, se a duração do processo há de ser razoável, o que dizer da prisão "provisória", sem culpa formada. (RUIZ FILHO, 2020, p.44)

Nesse sentido, em que pese haver no Brasil a consagração do princípio da duração razoável do processo, o que se verifica na prática é que este, assim como outros que regem a liberdade do indivíduo, tem sido mitigado pelos tribunais. Assim, mostra-se essencial a atribuição, pela lei, de um prazo à prisão preventiva, sintonizado com a mais eficiente legislação internacional, observadas, por certo, as peculiaridades nacionais, de modo a garantir eficácia do referido princípio. Aponta o Parecer do relator, deputado João Campos:

Diante desta realidade díspar, o desafio que ora nos propomos é o de realizar a ponderação de valores: de um lado a proteção de direitos e garantias fundamentais e do outro a tutela da persecução penal efetiva. Vale dizer, dar instrumentos para que a defesa da sociedade seja concretizada, mas sem nos descuidarmos do devido processo legal e da proteção do investigado, que é, afinal, uma conquista histórica. (BRASIL, 2021, p.2)

Nessa toada, o Projeto representa significativo avanço na questão ora discutida ao prever, por exemplo, em seu artigo 628, que “A prisão preventiva jamais será utilizada como forma de antecipação da pena.” (§1º); e que “o clamor público não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva” (§2º), vedando expressamente práticas recorrentes dos tribunais.

4342

No que se refere a esse direito humano, Pastor (2002, p.76) explica que o mais conveniente é assimilar que o direito a um julgamento dentro de um prazo razoável, que decorre do princípio do estado de direito, tenha se consolidado no campo dos direitos fundamentais dos indivíduos depois da Segunda Guerra Mundial e a partir disso tenha sido contemplado desta forma nas Constituições.

Portanto, a razoável duração do processo é um direito fundamental expresso na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especificamente no seu art. 5º, inciso, LXXVIII, que determina que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (Brasil, 1988).

Nesse mesmo sentido, Arendt (2012, *online*) afirma que os direitos humanos não são

um dado, mas um construído, portanto, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Partindo dessa ideia de construção e reconstrução, inicialmente importa destacar que a preocupação com a duração do processo não é assunto recente e não é preocupação exclusivamente brasileira.

No entanto, no mesmo ano, em 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Organização dos Estados Americanos, 1948) instituiu, em seu artigo XXV, que todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade. O Pacto de San José da Costa Rica, ao discorrer sobre as Garantias Judiciais em seu artigo 8.1, determinou também que:

[...] toda pessoa tem direito a ser ouvida, observadas as devidas garantias e dentro de um prazo razoável. Determinou que a pessoa seja ouvida por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (Organização dos Estados Americanos, 1969).

Portanto, o Estado brasileiro já havia se comprometido a observar a duração razoável do processo antes mesmo de sua inclusão no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Embora já existisse esse comprometimento do Brasil com o direito à razoável duração do processo, Sarlet esclarece a necessidade e a importância de se trazer direitos reconhecidos por tratados internacionais para o campo constitucional:

[...] os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização” (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional (Sarlet, 2009, p. 32).

Assim, a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, dentre as várias alterações que proporcionou à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, incorporou ao texto constitucional a razoável duração do processo, como um direito fundamental, ainda que o Brasil já houvesse se obrigado com tal direito frente aos tratados internacionais que ratificou e internalizou ao seu ordenamento jurídico.

A modificação legislativa que incluiu no Código de Processo Penal pátrio a figura do prazo nonagesimal trouxe consigo a expectativa de que aos detidos cautelarmente fosse garantida a observância do “justo processo” (LUZ, GIACOMOLLI, 2018) ao qual fazem jus como cidadãos.

#### 4 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PENAL E A MOROSIDADE DA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA

Considerando que o processo penal trata da liberdade, ou seja, enquanto o indivíduo está submetido a um processo judicial ou encarcerado de forma cautelar, o Estado age de forma a limitar as suas liberdades públicas, pode-se afirmar ser a razoável duração do processo um direito humano de primeira geração ou dimensão. Nesse sentido, lecionam Silveira e Mendez Rocasolano (2010, p. 143):

Os chamados direitos humanos de primeira geração concernem à delimitação da esfera da liberdade do indivíduo em relação ao poder estatal. São as denominadas liberdades públicas negativas ou direitos negativos, na medida em que exigem por parte do poder público um comportamento apenas de salvaguarda em relação a tais interesses, sem qualquer interferência efetiva na esfera de domínio particular.

No que se refere a esse direito humano, Pastor (2002) explica que o mais conveniente é assimilar que o direito a um julgamento dentro de um prazo razoável, que decorre do princípio do estado de direito, tenha se consolidado no campo dos direitos fundamentais dos indivíduos depois da Segunda Guerra Mundial e a partir disso tenha sido contemplado desta forma nas Constituições.

Portanto, a razoável duração do processo é um direito fundamental expresso na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especificamente no seu art. 5º, inciso, LXXVIII, que determina que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (Brasil, 1988).

Nesse mesmo sentido, Arendt (2012) afirma que os direitos humanos não são um dado, mas um construído, portanto, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Partindo dessa ideia de construção e reconstrução, inicialmente importa destacar que a preocupação com a duração do processo não é assunto recente e não é preocupação exclusivamente brasileira.

No entanto, no mesmo ano, em 1948, a Declaração Americana dos Direitos e

Deveres do Homem (Organização dos Estados Americanos, 1948) instituiu, em seu artigo XXV, que todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade.

O Pacto de San José da Costa Rica, ao discorrer sobre as Garantias Judiciais em seu artigo 8.1., determinou também que toda pessoa tem direito a ser ouvida, observadas as devidas garantias e dentro de um prazo razoável. Determinou que a pessoa seja ouvida por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (Organização dos Estados Americanos, 1969).

Portanto, o Estado brasileiro já havia se comprometido a observar a duração razoável do processo antes mesmo de sua inclusão no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Embora já existisse esse comprometimento do Brasil com o direito à razoável duração do processo, Sarlet (2009, p. 32), esclarece a necessidade e a importância de se trazer direitos reconhecidos por tratados internacionais para o campo constitucional:

[...] os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização” (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional.

Assim, a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, dentre as várias alterações que proporcionou à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, incorporou ao texto constitucional a razoável duração do processo, como um direito fundamental, ainda que o Brasil já houvesse se obrigado com tal direito frente aos tratados internacionais que ratificou e internalizou ao seu ordenamento jurídico.

A referida emenda também regulamentou o princípio da presunção de inocência, convecionou o sistema acusatório nos processos criminais, estabeleceu normas relativas à utilização da prova, à delação premiada, bem como instituiu o Habeas Corpus preventivo. Outra mudança significativa foi a obrigação de voto convicto no Tribunal do Júri, ou seja, de dadas as proporções do caso além da unanimidade, através do voto de qualquer

integrante da Corte, para a condenação do réu.

## 5 O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA QUANTO A PRISÃO PREVENTIVA COM A FINALIDADE DE ANTECIPAÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PENA

O que se verifica, a partir da ausência de uma expressa previsão de sanção, é que os tribunais enxergaram uma lacuna a justificar a mitigação do dispositivo, e a consequente manutenção da prisão preventiva a despeito do indevido descumprimento do prazo nonagesimal para revisão desta, consoante se nota, no julgamento do habeas corpus criminal nº 100200037966, datado de setembro de 2020:

EMENTA: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. EXCESSO DE PRAZO. ARTIGO 316, PARÁGRAFO ÚNICO, CPP. ORDEM DENEGADA. 1. O excesso de prazo não se verifica através de simples operação matemática, devendo ser analisado à luz do caso concreto sob a ótica dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 2. O prazo previsto no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal não é peremptório, ou seja, a sua inobservância não gera, de pronto, a ilegalidade da segregação cautelar, devendo cada caso ser analisado de acordo com suas peculiaridades. 3. Ordem denegada. (ESPÍRITO SANTO, 2020)

No mesmo sentido, asseverou a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RHC nº 123.069/MS:

4346

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NECESSIDADE DE RESGUARDAR A ORDEM PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. AÇÃO PENAL COMPLEXA. PLURALIDADE DE RÉUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO DESPROVIDO, COM RECOMENDAÇÃO. (...) 3. Eventual constrangimento ilegal por excesso de prazo não resulta de um critério aritmético, mas de uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, de modo a evitar retardo abusivo e injustificado na prestação jurisdicional. 4. O Tribunal a quo afastou a alegação de excesso de prazo consignando que desde a prisão cautelar, em 7/8/2019, o feito teve tramitação regular com o devido impulso pelo Juízo processante, destacando que ação originária é complexa. De fato, o feito envolve 3 acusados, além de ter demandado a expedição de cartas precatórias, o que, naturalmente, requer maior tempo na execução dos atos processuais. 5. Observa-se, no caso, que o Magistrado de primeiro grau tem empregado esforços na celeridade do feito, não se podendo falar em atraso injustificado. 6. Recurso desprovido, com recomendação ao Juízo processante para que revise a necessidade da manutenção da prisão, nos termos do que determina o art. 316 do Código de Processo Penal, com as alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019, e que imprima celeridade no encerramento da ação penal. (BRASIL, 2020)

Conforme se vê, tem-se adotado o entendimento de que o exaurimento do prazo nonagesimal não caracteriza ilegalidade, nem tampouco justifica o relaxamento da prisão

preventiva do custodiado, pois, nas interpretações do dispositivo que têm sido adotadas, observa-se que a jurisprudência tende a considerar que o consignado expressamente na lei seria uma mera sugestão ou recomendação do legislador aos magistrados, e não um dever legal que, como tal, deve ser devidamente observado.

Fatores como a suposta gravidade e complexidade dos fatos e multiplicidade dos réus são comumente utilizados pelo Judiciário para decretar prisões preventivas, e podem, nos limites da lei, servir como razão para que o magistrado, ao realizar a revisão da detenção, mantenha a medida cautelar. Entretanto, uma vez exaurido o prazo, não há que se falar nessas questões, que poderiam, tempestivamente, ter sido aventadas inclusive para a manutenção da segregação.

Nessa toada, parece claro que o posicionamento adotado pelos tribunais é no sentido de promover o esvaziamento da norma, e, conseqüentemente, dos direitos que esta busca proteger. Vejamos:

Enfim, o que infelizmente se percebe é que o STJ (e os tribunais inferiores, que já seguem a mesma linha, como regra) está esvaziando – uma vez mais – uma das grandes inovações trazidas pelo pacote anticrime. Ao relativizar a sanção decorrente da violação do dever legal, o STJ acaba por sepultar o dever de revisar periodicamente a prisão preventiva, pois no Brasil, prazo sem sanção é igual a ineficácia da proteção ao direito fundamental que se pretendia tutelar. (LOPES JUNIOR; PINHO; ROSA, 2021, on-line)

4347

Em outubro de 2020, no entanto, o Supremo Tribunal Federal avançou na mitigação do disposto no artigo 316, parágrafo único do CPP, fixando orientação que tem sido largamente seguida pelos tribunais inferiores, que acaba por esvaziar de vez a norma.

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

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

Nessa senda, a prisão preventiva acaba tornando-se uma ferramenta de resposta imediata do estado em decorrência da repercussão pública aclamada pela mídia. Contudo, a prisão preventiva não se presta a essa finalidade. Está é a crítica feita por Badaró e Lopes Jr:

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

Assim encontra-se insculpido no Art. 313, § 2º, do Código de Processo Penal “Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.”

Pois, se um acusado de cometer algum crime, for surpreendido e preso em flagrante, e pela gravidade do delito o juiz preferir a aplicação de uma das medidas cautelares, a sociedade não entende que haverá uma sanção ao indivíduo ao fim da marcha processual com a prolação da sentença penal.

Como a Constituição Federal permite, o juiz poderá decidir que a medida cautelar seja decretada para preservar o acusado e garantir sua apresentação futura em julgamento. Na maioria dos casos, a medida poderá ser uma fiança, comparecimento periódico ao juízo, uma possível proibição de acesso a determinados lugares, é possível também a aplicação de uma curta medida de internação, entre outras.

De qualquer modo, a aplicação dessas medidas é sempre voltada para uma finalidade: preservar o indivíduo e assegurar a ampla defesa e a proteção à ordem pública e à aplicação da lei penal. Assim, embora a medida cautelar aplicada não possa ser vista como uma sanção, ela deve ser considerada como uma forma de preparar o processo para o veredito final.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho deteve a preocupação de analisar os aspectos acerca da prisão preventiva em detrimento do cumprimento antecipado da pena, tema este relevante para a academia jurídica, uma vez que das medidas cautelares processuais é a que majora relevância em função dos seus impactos no âmbito jurídico e social, bem como a constância de posicionamentos conflitantes dentro da doutrina e dos tribunais a respeito de sua aplicação, gerando a necessidade de um estudo aprofundado quanto a temática. No

entanto, é uma questão de interesse coletivo/público, dado o seu relacionamento direto com a liberdade individual e o poder punitivo do Estado Maior.

Ademais, trata-se de um instituto que traz consigo grande subjetividade, estando presente em parte de seus requisitos, que como fora abordado, demonstra ainda uma vasta amplitude e imprecisão, tal como na ausência de prazo final para duração do encarceramento. Neste contexto, fora demonstrado como o poder discricionário dado pelo legislador para o julgador é decisivo no preenchimento da inércia legal.

De igual modo, foram evidenciados os pressupostos dessa medida cautelar e seus requisitos, sendo considerado em determinados julgados uma afronta aos diversos direitos fundamentais do indivíduo, vez que ele é sujeitado ao sistema carcerário degride e oprime, de modo temporal indeterminado.

Diante desse contexto, percebe-se que a prisão preventiva é um instrumento necessário para o acautelamento do processo penal, mas que deve ser aplicada dentro dos parâmetros legais e em consonância com os princípios constitucionais, os quais são os principais limitadores do poder punitivo estatal, proporcionando assim um equilíbrio justo entre os direitos.

Por fim, permanece ainda, um grande preconceito da sociedade com as alternativas penais, o que muitas vezes inviabiliza o fortalecimento de políticas públicas para instituir melhorias, visto que o Código Penal encontra-se temporalmente defasado em razão de mudanças sociais. O poder judiciário deveria demonstrar a eficiência e eficácia destas medidas para fins acautelatórios na esfera processual, por entender que a prisão é como uma obrigação.

Restando demonstrado instrumentos que devem ser utilizados, quando seus requisitos estiverem presentes, para a aplicação das medidas cautelares alternativas, pois permitem que se cesse o constrangimento ilegal, nos casos em que não se há a presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, humanizando o tratamento penal e aliviando pressão sobre sistema carcerário do país.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012. Ebook.

AVENA, Noberto. **Processo Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022. Ebook.

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

BRASIL. **Código de Processo Penal** (1941). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 de março de 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Ordinário em habeas corpus nº 123.069/MS, Quinta Turma. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 18 de fevereiro de 2020.

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

ESPÍRITO SANTO. **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**. Habeas Corpus Criminal nº 100200037966, Primeira Câmara Criminal, ES. Relator: Des. PEDRO VALLS FEU ROSA. Vitória, 02 de março de 2023.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 2014.

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

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

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES JUNIOR, Aury.; PINHO, Ana Claudia Bastos de.; ROSA, Alexandre Moraes da. **Pacote Anticrime: um ano depois**. São Paulo: Saraiva, 2021.

LUZ, Denise; GIACOMOLLI, Nereu José. (2018). **Jurisdição criminal brasileira e as Cortes Internacionais de Direitos Humanos: diálogos necessários**. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, 19(1), 91-122, 2018.

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

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos direitos e deveres do homem**. Bogotá, 1948. Disponível em [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm). Acesso em 17 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. San José, 1969. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org>>. Acesso em 17 mar. 2023.

PASTOR, Daniel R. **El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles**

**soluciones.** Buenos Aires: Ad Hoc, 2002.

RUIZ FILHO, Antonio. **Prisão preventiva e sua duração razoável.** Migalhas, 7 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br>>. Acesso em 20 de março de 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MENDEZ ROCASOLANO, Maria. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções.** São Paulo: Saraiva, 2010.

VAZ, Maurício Seraphim. **Razoável duração do processo e "jeitinho brasileiro": análises no judiciário cível do Espírito Santo.** 2013. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2013.