

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

TIAGO NUNES DE FIGUEIRÊDO

ANÁLISE SOBRE A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL SOB A LUZ DA
PRISÃO PREVENTIVA

SOUSA – PB

2017

TIAGO NUNES DE FIGUEIRÊDO

ANÁLISE SOBRE A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL SOB A LUZ DA
PRISÃO PREVENTIVA

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Carla Pedrosa de Figueiredo.

SOUSA – PB

2017

TIAGO NUNES DE FIGUEIRÊDO

ANÁLISE SOBRE A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL SOB A LUZ DA
PRISÃO PREVENTIVA

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Carla Pedrosa de Figueiredo.

Data de aprovação: _____/_____/_____

Banca Examinadora:

Orientadora: Profa. Esp. Carla Pedrosa de Figueiredo

Banca Examinadora

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Mais um ciclo da minha vida se fecha e o sentimento é de satisfação e nostalgia. Posso dizer que ao longo desses cinco anos e oito meses eu vivi intensamente e aprendi muito sobre a vida e sobre mim mesmo.

Tenho que agradecer primeiramente a Deus, que me guiou em todos os momentos e jamais duvidou de mim, iluminando cada passo da minha vida.

À minha mãe, que é o meu TUDO, o meu maior exemplo de ser humano digno e forte. Sem ela, jamais estaria aqui.

Tantas são as pessoas que participaram e me ajudaram durante todo este caminho que ficaria difícil falar delas especificamente. Porém, gostaria de agradecer a toda a minha família, que sempre foi e será a minha base e a razão do meu viver. Aos meus amigos e colegas de turma, que estiveram ao meu lado nos momentos bons e ruins, fornecendo suporte e apoio quando precisei.

Aos meus colegas do Ministério Público Federal – Procuradoria da República do Município de Sousa, que servem de inspiração diária para o meu desenvolvimento profissional.

À minha orientadora, que foi essencial para a construção deste trabalho.

Obrigado a todos que, de alguma forma, contribuíram com esta linda caminhada.

Serei sempre grato e honrarei cada momento que virá nos próximos passos desta jornada.

Não tenhamos pressa, mas não percamos tempo.

- José Saramago

RESUMO

O presente trabalho objetiva a feitura de uma análise sobre a duração razoável da prisão preventiva, utilizando como método de abordagem o dedutivo e a técnica de pesquisa a bibliográfica documental, analisando documentos, livros, artigos, periódicos e jurisprudências referentes ao tema. Além do mais, analisa o princípio da duração razoável do processo a partir de uma perspectiva constitucional, interpretado conjuntamente com os princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, uma vez que, apesar de estar previsto na Constituição Federal como Direito Fundamental, a legislação pátria não estabelece critérios objetivos que sejam capazes de aplicá-lo diretamente. Na sua essência, elenca os fundamentos e as hipóteses legais que autorizam a decretação da prisão preventiva, bem como relaciona o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. Ao final, apresenta possíveis soluções de natureza compensatória, processual e sancionatória que podem ser aplicadas ao caso concreto quando há o reconhecimento do excesso de prazo da prisão preventiva.

Palavras-chave: Processo Penal – Duração Razoável do Processo – Prisão Preventiva.

ABSTRACT

The present work aims at the preparation of an analysis of the reasonable duration of preventive detention, using as historical and evolutionary descriptive procedure, analyzing documents, books, articles, periodicals and jurisprudence referring to the subject. It also examines the principle of reasonable length of procedure from a constitutional perspective, interpreted in conjunction with the principles of human dignity and due process, since, despite being provided for in the Federal Constitution as a Fundamental Right, The national legislation does not establish objective criteria that are capable of applying it directly. In essence, it lays out the legal grounds and hypotheses that authorize the enactment of preventive custody, as well as the position of the Federal Supreme Court on the subject. At the end, it presents possible compensatory, procedural and sanctioning solutions that can be applied to the concrete case when there is the recognition of the excessive term of the preventive custody.

Keywords: Criminal Procedure - Reasonable Duration of the Process - Preventive Detention.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES

Art. – Artigo

CPP – Código de Processo Penal

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

HC – Habeas Corpus

n. – Número

p. – Página/Páginas

Rel. – Relator

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

v. g. – Por exemplo

v. u. – Votação unânime

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL	13
2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO	13
2.2 DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL: NOÇÕES GERAIS E CRITÉRIOS BÁSICOS PARA AFERIÇÃO DO TEMPO DE DURAÇÃO ADEQUADO	15
2.2.1 Noções gerais sobre a duração razoável do processo	16
2.2.2 Considerações sobre os mecanismos de aferição do tempo de duração razoável do processo	19
2.3 Previsões Normativas do princípio da duração razoável do processo.....	22
2.3.1 Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica.....	23
2.3.2 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	24
2.3.3 Novo Código de Processo Civil	25
3 ANÁLISE SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA	27
3.1 PREMISAS BÁSICAS DA TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL	27
3.2 CONCEITO E NOÇÕES GERAIS SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA	30
3.3 ANÁLISE SOBRE OS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA	31
3.3.1 Garantia da ordem pública.....	33
3.3.2 Garantia da ordem econômica	36
3.3.3 Garantia de aplicação da lei penal	37
3.3.4 Conveniência da instrução criminal	38
3.4 PRAZO DE DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	40
4 ANÁLISE SOBRE A AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO TEMPORAL E O EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA	41
4.1 AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO DE PRAZO PARA A DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	41
4.2 O EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA DURANTE A FORMAÇÃO DA CULPA	44
4.2.1 O Posicionamento do Supremo Tribunal Federal.....	46
4.3 ANÁLISE DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DA PRISÃO PREVENTIVA COM ENFOQUE NA NORMA CONSTITUCIONAL.....	48

4.4 SOLUÇÕES PARA A QUESTÃO DA AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO TEMPORAL PARA A DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	50
4.3.1 Soluções compensatórias.....	50
4.3.2 Soluções processuais	51
4.3.3 Soluções sancionatórias.....	52
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

A prisão preventiva é uma medida cautelar tradicionalmente utilizada em toda a América Latina. Sabe-se que os índices de presos preventivamente são extremamente altos nessa região. Acredita-se que dentre as principais causas do elevado número de presos esteja a ausência de dispositivos legais que delimitem o tempo de duração máximo da prisão preventiva e a carência de um sistema que seja capaz de aferir a manutenção dela.

Com efeito, observando o contexto de inconvenientes causados pela ausência de delimitação temporal da prisão preventiva, vemos na prática jurídica uma série de preceitos constitucionais desrespeitados, a exemplo da garantia da duração razoável do processo e da presunção de inocência.

Como resultado dessa situação, apresentam-se diversos problemas, a exemplo do excesso de prazo durante a aplicação da prisão preventiva, que muitas vezes só é percebido após o preso provisório ficar restrito durante mais tempo do que o previsto para a prática do suposto crime, ou pior, ficar preso em demasia, quando ao final do processo vem a ser absolvido.

Dessa forma, ante o vácuo deixado pela legislação processual brasileira no que tange à duração máxima da cautelar prisional, busca-se analisar o tempo de duração da prisão preventiva através do princípio da razoabilidade, uma vez que uma investigação ou um processo criminal e a sua respectiva medida cautelar não podem se protrair no tempo, estando o investigado ou réu preso.

Isto posto, o presente trabalho objetiva discutir conhecimentos sobre os princípios processuais penais constitucionais, em especial o da duração razoável do processo, levando em consideração o papel do Estado como único agente executor do *Ius Puniendi*. Ainda, busca analisar o instituto da prisão preventiva e os seus impactos na esfera de liberdade dos indivíduos quando há o reconhecimento do excesso de prazo de sua duração, debatendo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça referente ao assunto.

Nesse sentido, a pesquisa dos impactos da ausência de delimitação temporal da cautelar pessoal justifica-se como ímpar para que se possa garantir que o direito à liberdade dos indivíduos e o direito à duração razoável do processo sejam respeitado pelo Estado.

A principal ideia que pretende ser abordada no decorrer do trabalho é a de que o excesso de prazo da prisão preventiva, que é capaz de macular uma série de princípios

constitucionais, como o da presunção de inocência e o da razoabilidade, deve ser coibido ou, no mínimo, reparado de alguma forma.

O método de abordagem utilizado nesta pesquisa foi o dedutivo e a técnica de pesquisa foi a bibliográfica documental, onde se considerou a literatura concernente à temática com recurso a doutrina, as normas legais e especialmente a jurisprudência pátria.

O resultado foi organizado em três capítulos. Abordar-se-á, num primeiro momento, as noções propedêuticas acerca do *ius puniendi* estatal, juntamente com ideias gerais e parâmetros básicos utilizados para aferição do tempo de duração adequado do processo, em especial o princípio da razoabilidade, com a análise das normas pertinentes à matéria.

Sequencialmente serão analisadas as premissas básicas da tutela cautelar no processo penal, com enfoque no instituto da prisão preventiva e seus respectivos pressupostos e requisitos, juntamente com breve análise sobre a ausência de fixação de prazo da cautelar na legislação pátria.

Por fim, analisar-se-á o excesso de prazo da prisão preventiva durante a formação da culpa, observando-se os principais critérios que o Supremo Tribunal Federal utiliza para aferir o tempo de duração adequado da cautelar em referência; e as possíveis soluções que podem ser utilizadas quando há o reconhecimento do excesso de prazo durante a utilização da prisão preventiva.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL

A Constituição Federal elencou o direito de ser julgado dentro de um prazo razoável como um Direito Fundamental, uma vez que o tempo de duração do processo penal é de extrema relevância para os envolvidos na relação processual, em especial o réu. Com efeito, o princípio da duração razoável do processo está inserido em diversos dispositivos do ordenamento jurídico pátrio, devendo o Estado respeitá-lo, sob pena de atuar inconstitucionalmente.

Ocorre que, apesar do princípio da duração razoável do processo estar inserido no texto constitucional e em diversas normas infraconstitucionais, ainda há um vácuo em relação ao tempo preciso de duração do processo e muito se discute acerca dos critérios a serem analisados no caso concreto para aferição da razoabilidade temporal.

2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

O Direito Processual Penal é regido por uma série de normas e princípios que são responsáveis por proteger a liberdade dos indivíduos e fazer com que o *ius puniendi* estatal possa ser devidamente executado, aplicando-se concretamente as normas do Direito Penal objetivo e evitando-se as arbitrariedades e os abusos estatais. Conforme entendimento esposado por Aury Lopes Jr. (2016, p. 34):

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender *que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso*. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal). (grifo do autor)

Dessa maneira, pode-se observar que o processo penal é indispensável para que haja aplicação de pena (*ius puniendi*) ao indivíduo delituoso. Através dele, devem ser respeitados os direitos constitucionalmente assegurados, em especial a liberdade dos

indivíduos. Sobre esse viés, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2015, p. 30) defendem que:

(...) o processo penal deve ser compreendido de sorte a conferir efetividade ao direito penal, fornecendo os meios e o caminho para materializar a aplicação da pena ao caso concreto. Deve-se ter em vista que o *ius puniendi* concentra-se na figura do Estado. Essa característica não se modifica quando se cuida de ação penal privada, eis que o querelante passa a figurar como substituto processual.

O *ius puniendi* estatal, apesar de ser considerado um poder genérico, se perfaz casuisticamente, pois somente a partir da prática de um delito e de seu respectivo julgamento, respeitado o devido processo legal e todas as garantias inerentes à defesa do acusado, é que há possibilidade do Estado aplicar uma sanção a determinado indivíduo.

Dessa maneira, a partir do momento em que ocorre a prática de um delito, o *ius puniendi*, que apenas existia num plano genérico, desperta e proporciona ao Estado o direito de fazer valer as regras do Direito Penal objetivo, aplicando-se uma sanção ao agente transgressor.

Nesse momento, surge um verdadeiro conflito de interesses entre o Estado e o indivíduo, uma vez que o primeiro quer ver saciado o seu poder de punir e o segundo, ao menos em teoria, vai se utilizar dos meios técnicos e pessoais para não ser prejudicado com as máculas estatais sancionatórias.

Todo o desenvolvimento da persecução criminal deve ocorrer de acordo com o devido processo legal, princípio máximo que rege todas as esferas processuais do Direito e que está previsto no art. 5º, inciso LIV¹ da Constituição Federal, sendo necessário garantir ao acusado não apenas a sua liberdade, mas também todos os outros direitos inerentes à sua esfera de garantias constitucionais, como a presunção de inocência, o direito ao silêncio, e à duração do processo em tempo razoável, por exemplo.

Nesse aspecto, observa-se que o devido exercício da jurisdição torna-se imprescindível quando há prática de um delito. Sobre o tema, Capez (2016, p. 77-78) afirma que:

(...) A jurisdição só pode atuar e resolver o conflito por meio do processo, que funciona, assim, como garantia de sua legítima atuação, isto é, como instrumento imprescindível ao seu exercício. Sem o processo, não haveria como o Estado satisfazer sua pretensão de punir, nem como o Estado-Juiz aplica-la ou negá-la.

¹ “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Efetivamente, apesar de o Estado ser o detentor do direito de punir, o acusado tem o direito de ser julgado de acordo com as máximas constitucionais e de receber a tutela jurisdicional em tempo adequado, uma vez que a mera posição de réu em um processo criminal já é suficiente para ferir o *status dignitatis* do indivíduo.

Neste ínterim, surgem inúmeras discussões acerca dos reflexos do princípio do devido processo legal, como a duração razoável do processo e a celeridade processual, que são considerados como verdadeiros princípios norteadores da atividade jurisdicional.

2.2 DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL: NOÇÕES GERAIS E CRITÉRIOS BÁSICOS PARA AFERIÇÃO DO TEMPO DE DURAÇÃO ADEQUADO

O Poder Judiciário passa atualmente por uma crise de descrença por parte da sociedade. Um dos principais motivos causadores desse problema é a demora na prestação jurisdicional, que é acarretada por inúmeros fatores, a exemplo da grande demanda de processos judiciais e os respectivos recursos e a pequena quantidade de servidores para um acúmulo extenso de demandas.

O resultado dessas circunstâncias é visível especialmente em processos criminais, uma vez que a demora na prestação jurisdicional não apenas fere os princípios do devido processo legal e da duração razoável do processo, mas acarreta situações indesejadas pela sociedade, a exemplo do desprestígio dos órgãos jurisdicionais, da extinção dos processos pela prescrição e do surgimento da ideia de impunidade por parte dos indivíduos criminosos.

Sobre a demora que atinge os processos, o grande jurista Ruy Barbosa há muito já afirmava que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça. Pois a dilação ilegal nas mãos do julgador não condiz com o direito escrito das partes, lesando assim seu patrimônio, honra e liberdade” (BARBOSA, 1949, p. 29).

Partindo-se dessa premissa, importa discutir sobre o alcance do princípio da duração razoável do processo e os critérios que servem de base para a aferição da sua aplicação prática, buscando-se evitar a demora desarrazoada do processo e do excesso de tempo de prisão processual.

2.2.1 Noções gerais sobre a duração razoável do processo

O princípio da duração razoável do processo está previsto explicitamente em diversos dispositivos do ordenamento jurídico pátrio. A título de exemplo, podem ser citados o inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal, o art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e o art. 4º do Código de Processo Civil, sendo este aplicado de maneira subsidiária ao processo penal.

Tais dispositivos demonstram uma preocupação do legislador em estabelecer o direito à prestação jurisdicional em um tempo razoável e trazer à tona a concretização de um dos princípios basilares do ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, Nucci (2015, p. 31) ensina que:

Olhares especiais devem voltar-se ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio do devido processo legal. Afinal, respeitada a dignidade da pessoa humana, seja do ângulo do acusado, seja do prisma da vítima do crime, além de assegurada a fiel aplicação do devido processo legal, para a consideração de inocência ou culpa, está-se cumprindo, na parte penal e processual penal, o objetivo do Estado de Direito, e com ênfase, *democrático*. (grifo nosso)

Partindo-se desse pressuposto, pode-se entender que a duração razoável do processo nada mais é do que um dos reflexos do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. O objetivo principal daquele princípio é submeter o indivíduo ao mínimo possível de tempo em uma demanda judicial, uma vez que a posição de réu por si só é prejudicial à dignidade do dele.

Com base nessa ideia, o Supremo Tribunal Federal² já se posicionou da seguinte forma:

De acordo com a Carta Magna, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). Além disso, “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” (art. 5º, LXI). 3. Na hipótese, o largo tempo decorrido desde a decretação da prisão (4 anos e 10 meses), sem que o paciente tenha sido submetido ao Tribunal do Júri, implica violação ao devido processo legal, já que ele só pode ser considerado ‘devido’ quando observados os princípios constitucionais da duração razoável do processo e da dignidade da pessoa humana.

² HC 117.466-SP, 5.ª Turma, rel. Arnaldo Esteves Lima, 23 de março de 2010, v. u.

³ A jurisprudência adota a nomenclatura “Princípio *Nemo Auditur Propriam Turpitudinem Allegans*” para se referir à expressão.

Conforme se depreende do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, “a todos, em âmbito judicial e administrativo, são assegurados a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Tal dispositivo foi inserido no Texto Maior a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, que foi responsável por trazer diversas mudanças no funcionamento do Poder Judiciário.

A ideia primordial de tal alteração constitucional surgiu a partir da necessidade de se estabelecer um prazo de resposta da prestação jurisdicional mais célere não apenas para a vítima de um determinado crime, mas também para o acusado, que possui grande interesse de ver o seu conflito com o Estado solucionado. Buscou-se evitar com isso que o desenrolar processual fosse o menos procrastinatório possível.

Sobre a demora na prestação jurisdicional, Rogério Lauria Tucci (2011, p. 216) preleciona que:

Afigura-se, com efeito, de todo inaceitável a delonga na finalização do processo de conhecimento (especialmente o de caráter condenatório), com a ultrapassagem do tempo necessário à consecução de sua finalidade, qual seja, a de definição da relação jurídica estabelecida entre o ser humano, membro da comunidade, enredado na *persecutio criminis*, e o Estado: o imputado tem, realmente, direito ao pronto solucionamento do conflito de interesses de alta relevância social, que os respectivos autos retratam, pelo órgão jurisdicional competente. (grifo do autor)

Efetivamente, não se pode deixar de afirmar que o processo penal é um dos principais meios que os indivíduos possuem de não serem prejudicados pelas arbitrariedades estatais, uma vez que através dele dá-se a oportunidade de se esclarecer a verdade real dos fatos e de se discutir sobre possibilidade de se aplicar uma pena ao indivíduo criminoso.

Por sua vez, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (p. 70, 2015), explicam que o processo:

(...) como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e, de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais”, de forma a assegurar os indivíduos dos excessos do Estado. Por isso, “o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos”. O processo não se impõe e ponto. É necessário que venha a legitimar-se, e isso só é possível quando ele se apresenta também como garantia de respeito aos preceitos primários fundamentais estabelecidos na Carta Magna, notadamente no seu art. 5º. É o processo que tem que se adequar às exigências constitucionais, e não o inverso.

Dessa forma, constata-se que o processo, para que se torne efetivo e cumpra o papel para o qual foi criado, deve respeitar as normas que garantem o devido processo legal e

todos os outros aspectos instrumentais que surgem a partir dele, incluindo o tempo razoável da sua duração, o que não necessariamente diz respeito à rapidez.

O excesso de prazo processual que não se pode admitir é aquele causado por falhas ou inconsistências advindas da incompetência do próprio sistema e não aquele analisado somente através de um lapso temporal.

Conforme se percebe através da prática forense, o processo penal necessita de tempo para ser devidamente analisado. A persecução penal, de maneira geral, é um tanto quanto sensível, e requer um período mínimo de apreciação por parte daqueles envolvidos na relação processual, especialmente pelo órgão julgador.

Sobre o assunto, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2015, p.70) declaram que:

O alicerce do processo é a instrução contraditória, que permitirá ao magistrado cognição plena acerca da imputação e da contra-imputação, na dialética necessária a toda discussão em juízo, como residência segura do provimento almejado. Sem o alicerce, as bases certamente irão ruir, não servindo de nada a construção açoadada, se o resultado obtido virá abaixo. Processo às pressas descarta não só a preservação das prerrogativas constitucionais básicas, mas também estará, muitas vezes, despido de lastro probatório idôneo, o que lhe retira toda a credibilidade.

Nessa mesma linha de raciocínio, Ricardo Gloeckner (*apud* Laudécia Moreira de Oliveira, 2009) explica que:

(...) o processo nasceu para durar, para atrasar o julgamento, e os atos processuais têm por finalidade atestar ou não a culpabilidade do indivíduo que, no final, para ser sentenciado, necessita de um tempo. Todavia, o julgamento nasce para durar, não podendo advir na velocidade da luz.

O doutrinador Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 19) também esclarece que o processo, qualquer que seja, necessita de determinado tempo para ser efetivamente desenvolvido:

(...) um processo que respeita as garantias fundamentais é, necessariamente, um processo que demora algum tempo. O amplo debate que deve existir entre os sujeitos do procedimento em contraditório exige tempo. A adequada dilação probatória também exige tempo. A fixação de prazos razoáveis para a prática de atos relevantes para a defesa dos interesses em juízo, como a contestação e os recursos, faz com que o processo demore algum tempo. Mas estas são dilatações *devidas*, compatíveis com as garantias constitucionais do processo.

Conforme se observa, a questão que se coloca não diz respeito à extrema rapidez ou a instantânea solução das demandas judiciais, visto que o tempo é imprescindível para o amadurecimento processual.

A coleta de provas no processo penal é, em muitos casos, demorada. A necessidade de se observar o contraditório e a ampla defesa é responsável pela dialética processual e pelo amadurecimento do pensamento do órgão julgador. Conforme citado anteriormente, a liberdade do réu, que é ameaçada pelo processo penal, deve ser colocada em primeiro plano, e isso só é possível se for respeitado o devido processo legal e os seus princípios consectários.

A questão que se torna contundente neste momento diz respeito a qual seria o prazo razoável de duração do processo, uma vez que o legislador, seja constituinte ou infraconstitucional, não estipulou de maneira expressa qual seria o tempo máximo de duração do processo.

2.2.2 Considerações sobre os mecanismos de aferição do tempo de duração razoável do processo

O principal critério adotado para se aferir o tempo de duração do processo penal é a razoabilidade. Tendo o seu conteúdo uma elevada carga de subjetividade, muito se questiona sobre a existência de outros meios ou mecanismos aptos a justificarem o tempo de duração processual adequado. Por se tratar de um conceito aberto com elevado grau de discricionariedade, a razoabilidade, na grande maioria dos casos, acaba sendo definida pelos critérios utilizados apenas pelos órgãos jurisdicionais.

Há forte crítica em relação a esse tema, levando-se em consideração que muitas vezes o Poder Judiciário justifica a demora na prestação jurisdicional com a ausência de aparato técnico e pessoal para dar andamento aos processos. Em outras palavras: é aceitar o errado como se certo fosse.

Até a reforma do Código de Processo Penal que ocorreu no ano de 2008 a partir da edição das leis nº 11.689, 11.690 e 11.719, parte da doutrina e da jurisprudência aceitava o prazo de 81 dias como sendo o razoável, tendo em vista que a soma dos prazos concedidos para cada ato processual da fase instrutória resultava em 81 dias. Explicando melhor a matéria, Nucci (2015, p. 462) ensina que:

(...) pode-se construir um quadro geral, abrangendo todos os prazos indicados em lei para o andamento do feito, concluindo-se por um número qualquer. Anteriormente à reforma de 2008, a somatória dos prazos erigia-se à base de 81 dias. Porém, com o tempo, vislumbrou-se a inadequação de uma contagem matemática para realidades processuais tão díspares. Surgiu, naturalmente, na jurisprudência o conceito da *razoabilidade* para apurar se houve ou não excesso de prazo durante a instrução. Em outros termos, se teria havido ou não excesso de prazo durante a instrução.

Ocorre que, após a referida reforma, que buscou dar maior ênfase à efetividade da prestação jurisdicional e reforçar as garantias processuais dos acusados (ISHIDA, 2012), a soma dos prazos processuais não mais chegava ao número de 81 dias. Somando-se a isso, percebeu-se que a realidade das diversas varas criminais espalhadas pelo país era extremamente destoante, havendo a necessidade de se discutir sobre outras formas de aferir o tempo adequado de duração do processo.

Aceitando a realidade do sistema jurídico pátrio, parte da doutrina e da jurisprudência passou a afirmar que o Código de Processo Penal adotou a teoria ou doutrina do “não prazo” para a fixação da maior parte dos prazos para a prática de atos processuais e explicando tal doutrina, os doutrinadores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2015, p. 71), afirmam que:

Em que pese a adoção explícita do princípio da duração razoável do processo, depreende-se do sistema processual penal brasileiro ter sido adotada a denominada “teoria do não prazo” (em contraponto à “teoria do prazo fixo”). Com efeito, a leitura da Constituição Federal e da própria Convenção Americana de Direitos Humanos conduzem permitir verificar que, na ausência de parâmetros temporais pré-estabelecidos, o controle acerca da razoabilidade da duração do processo será feito a partir de observação concreta identificadas pelo juiz da causa. Note-se, inclusive, que a fixação de prazos (como os acima apontados) para a conclusão da instrução processual não descaracterizam a teoria adotada, tendo em vista que não foram estabelecidas sanções para seu descumprimento.

Em suma, a doutrina do “não prazo” significa que o Código de Processo Penal estabeleceu uma série de prazos para a prática dos atos processuais, mas não trouxe sanção ou nulidade processual para o caso de descumprimento, servindo tais prazos, na maioria das vezes, apenas como parâmetro para aferição da razoabilidade temporal.

Tal ideia surgiu após a reforma processual que ocorreu no ano de 2008, tendo em vista que não era mais possível se determinar pela simples soma dos prazos processuais o que era ou não razoável.

Sobre essa matéria, o jurista Aury Lopes Júnior (2005) lança a seguinte crítica:

Tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos como a Constituição, não fixaram prazos máximos para a duração dos processos e tampouco delegaram para que lei ordinária regulamentasse a matéria. Adotou o sistema brasileiro a chamada “doutrina do não-prazo”, persistindo numa sistemática ultrapassada e que a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem há décadas debatendo-se.

Com efeito, levando-se em consideração a desatualização do parâmetro dos 81 dias e o elevado grau de subjetividade deixado pela teoria do “não prazo”, somando-se às lacunas deixadas pelo Texto Constitucional e pelas diretrizes criadas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH, novos parâmetros foram discutidos e criados para tentar se aferir a razoabilidade nos casos concretos. Surgiu nesse contexto a chamada “Teoria dos Três Critérios Básicos”, que busca analisar a razoabilidade temporal de duração do processo a partir da análise de três elementos: a complexidade do caso, a atividade processual do interessado e a conduta das autoridades judiciárias.

No que tange à complexidade do caso, esta pode ser analisada a partir de três perspectivas: a fática, a jurídica e a instrumental. Comentando a complexidade do caso, conforme menciona Nicolitt (*apud* Vivian Cruz dos Santos, 2009), tem-se que:

(...) o ponto de partida para definir se o trâmite do feito foi excessivamente moroso é a complexidade da causa, que tem relação direta com o tempo gasto em sua solução. Essa pode desdobrar-se em fática, jurídica e instrumental.

A complexidade fática está diretamente relacionada com análise dos fatos discutidos na demanda e com a instrução probatória dos autos. A complexidade jurídica diz respeito à interpretação das leis de ordem material e processual e de seus respectivos conteúdos, já que nem sempre a lei é clara de forma o suficiente a ponto de ser utilizada diretamente. No que tange à complexidade instrumental, ela surge a partir do desenrolar processual e pode se dar através de várias maneiras, a título de exemplo, podemos citar a grande quantidade de réus no polo passivo de uma ação que, por muitas vezes, torna difícil o andamento do processo.

O segundo critério a ser analisado pela teoria dos Três Critérios Básicos é a atividade processual do interessado, ou seja, a prática de atos processuais conforme os critérios trazidos pela legislação dentro do prazo estipulado. Conforme afirma uma das máximas do Direito, “ninguém poderá se valer da própria torpeza”³. É dizer: aquele que deu

³ A jurisprudência adota a nomenclatura “Princípio *Nemo Auditur Propriam Turpitudinem Allegans*” para se referir à expressão.

causa à demora para a prática de um ato processual não poderá ser beneficiado pelo atrasado causado.

O último item a ser explorado pela Teoria dos Critérios Básicos é a conduta das autoridades envolvidas no trâmite processual. Considerada por alguns como o critério mais importante, diz respeito às atividades exercidas pelos órgãos estatais, a exemplo do Poder Judiciário, da Defensoria Pública e do Ministério Público. Em tais hipóteses, no caso de haver demora desarrazoada para a prática de determinado ato, o agente público que deu causa ao ato poderá ser responsabilizado em diversas esferas, a depender, casuisticamente, do dolo ou da culpa. Para melhor ilustrar a matéria, Rogério Lauria Tucci (2011, p. 220) explica:

E, ademais, é necessário que a demora, para ser reputada realmente inaceitável, decorra da inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo. É claro que o excesso de trabalho, a plethora de causas, não pode ser considerado como justificativa plausível para a lentidão da tutela jurisdicional (...).

Efetivamente, apesar de haver um desenvolvimento no conceito da razoabilidade e de serem criados critérios minimamente plausíveis para a aferição da duração razoável do processo, ainda há muito que se discutir para tornar efetivo o direito à prestação jurisdicional em tempo adequado, conforme preceitua o Texto Constitucional.

2.3 PREVISÕES NORMATIVAS DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O direito de ser julgado dentro de um prazo razoável não está previsto apenas no ordenamento jurídico pátrio. Documentos normativos que tratam sobre direitos humanos como, por exemplo, o Pacto de São José da Costa Rica já tratavam sobre essa temática antes mesmo alteração constitucional trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que foi responsável por fixar de maneira expressa no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais o inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal.

Corroborando com esse entendimento, o §2º do artigo 5º da Constituição Federal já preceituava que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Sobre a matéria, Humberto Theodoro Júnior (2008) ensina:

É de observar que a duração razoável não foi propriamente introduzida em nosso processo pela Emenda Constitucional nº 45. Já havia um consenso de que sempre esteve implícita na garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). Isto porque não se pode recusar à economia processual, em si mesma, a categoria de um dos princípios fundamentais do moderno processo civil, e, assim, a garantia de duração razoável do processo já seria uma garantia fundamental originariamente consagrada pela Constituição de 1988. Com efeito, por força do § 2º de seu art. 5º, os direitos e garantias fundamentais não são apenas os expressos nos diversos incisos daquela declaração, mas incluem, também, “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Com efeito, cumpre-nos agora analisar as principais legislações brasileiras ou recepcionadas pela Carta Magna que tutelam o direito do indivíduo de ser julgado dentro de um prazo razoável.

2.3.1 Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada de “Pacto de São José da Costa Rica”, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro a partir do Decreto n. 678, de novembro de 1992.

Em seu conteúdo está presente uma série de direitos de diversas ordens, como econômica, social, cultural, de nacionalidade, etc. Logo no início do seu texto, mais precisamente no preâmbulo⁴, a Convenção ressalta que os direitos ali tratados são relacionados à dignidade da pessoa humana, não precisamente a uma nacionalidade específica.

O artigo 7º da Convenção trata sobre o Direito à liberdade pessoal dos indivíduos, enquanto o artigo 8º trata das Garantias judiciais.

Conforme se depreende dos incisos 5 e 6, do artigo 7º da Convenção:

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que

⁴ Convenção Americana de Direitos Humanos. (...) Preâmbulo. Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;

prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

Dessa maneira, percebe-se que a Convenção garante aos indivíduos o direito de serem mantidos em liberdade durante o processo, há menos que haja motivo para o encarceramento. Há também a garantia dos indivíduos de serem julgados em um prazo razoável, e de serem submetidos à presença de um juiz ou autoridade competente o mais rápido possível, com o objetivo de evitar os abusos estatais.

O inciso 1 do artigo 8º da Convenção, ao estabelecer a garantia judicial de julgamento dentro de um prazo razoável determina que:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, 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.

Com isso, pode-se notar que a Convenção, em mais de um dispositivo ressalta a importância do julgamento do indivíduo dentro de um prazo razoável. Efetivamente, também demonstra a preocupação com a manutenção das medidas cautelares, devendo as cautelares pessoais, que recaem sobre a liberdade dos indivíduos, serem adotadas apenas nos casos que outras medidas cautelares não sejam possíveis ou contra indicadas.

2.3.2 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A Emenda Constitucional n. 45 foi responsável por trazer diversas mudanças no funcionamento do Poder Judiciário pátrio. Dentre as alterações provocadas no Texto Constitucional, acrescentou-se o inciso LXXVIII ao artigo 5º, que passou a ter o seguinte conteúdo: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Conforme se pode observar, o conteúdo de tal Emenda não foi inédito, uma vez que o Pacto de São José da Costa Rica já tratava de tal matéria. No entanto, a alteração constitucional demonstrou mais uma vez a necessidade de se atentar para a resolução célere dos processos – tanto judiciais quanto administrativos – por parte daqueles que são responsáveis pela adequada prestação jurisdicional.

Comentando o princípio da celeridade processual, o doutrinador André Puccinelli Júnior (2014, p. 314) afirma:

Tal preocupação tem motivado incessante produção legiferante em nível infraconstitucional voltada à implementação da tão almejada efetividade processual, ganhando importante impulso com a celebração, pelos Presidentes do Executivo, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do STF, dos chamados Pactos Republicanos, compromissos que preveem a adoção de uma série de medidas judiciais e legislativas para racionalizar a máquina judiciária e garantir ao cidadão uma justiça célere e eficaz.

Efetivamente, apesar de a Constituição Federal colocar a duração razoável do processo no patamar de Direito Fundamental, persiste a necessidade de se criarem normas infraconstitucionais e políticas públicas nos órgãos jurisdicionais para concretizar o sentido do Texto Maior, uma vez que a mera existência formal não basta para a realização de tal direito.

2.3.3 Novo Código de Processo Civil

Conforme preceitua o artigo 3º do Código de Processo Penal, “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Dessa forma, considerando que as matérias processualísticas civil e penal derivam de um ramo comum, qual seja, a Teoria Geral do Processo, algumas disposições trazidas pelo Código de Processo Civil podem ser aplicadas de maneira subsidiária ao processo penal.

Efetivamente, conforme leciona o artigo 4º do Código de Processo Civil: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Mais uma vez o legislador pátrio consolidou de maneira expressa o princípio da duração razoável do processo, ao afirmar que as partes possuem o direito de terem resolvidos os seus conflitos em tempo razoável.

Sobre a constatação trazida pelo Código de Processo Civil, o doutrinador Elpídio Donizetti (2017, p. 52) afirma:

O dispositivo traz para o ordenamento processual civil o princípio da duração razoável do processo, já positivado na Constituição Federal (art. 5º, LXXVIII) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8, 1). O inciso II do art. 139 do CPC/2015 também reforça esse princípio ao dispor que cabe ao juiz velar pela duração razoável do processo. A observância da duração razoável do processo comporta duas dimensões: uma intraprocessual, ligada ao dever de adequação do procedimento, conforme os contornos do direito material subjacente, e outra extraprocessual, referente à organização da atividade jurisdicional como um todo.

Tecidos os devidos comentários acerca da duração razoável do processo, faz-se necessário, para o desenvolvimento do presente trabalho, analisar os principais aspectos da prisão preventiva e os seus respectivos efeitos na esfera de direitos fundamentais dos indivíduos, o que será tratado no próximo capítulo.

3 ANÁLISE SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é um dos mecanismos cautelares mais utilizados no processo penal brasileiro. Ela tem como principal objetivo cercear a liberdade do indivíduo e o colocar em situação de encarceramento até o momento em que não seja mais necessária ou indicada, tendo em vista o seu caráter de excepcionalidade e necessidade. Para que ela seja decretada, a legislação pátria prevê uma série de requisitos e pressupostos que devem ser preenchidos. Questão controversa, porém, se demonstra ao tentar estabelecer o seu prazo de duração, uma vez que o Código de Processo Penal é omissivo no que tange a esse assunto.

3.1 PREMISSAS BÁSICAS DA TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL

Para que a prestação jurisdicional seja eficaz e cumpra com o objetivo que lhe é inerente, faz-se necessário garantir que aquele que esteja sendo investigado ou acusado pela prática de uma conduta delituosa cumpra com o que determina a lei. Desse modo, o procedimento processual penal, por vezes, necessita de um suporte que lhe forneça segurança e efetividade.

Surgem nesse contexto as medidas cautelares, que servem para dar suporte à fase investigatória ou à fase processual da persecução penal. São consideradas como verdadeiros mecanismos que têm por escopo evitar os efeitos negativos do tempo sobre a coisa criminal. Elas buscam garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional, cuja natural demora pode comprometer sua efetividade, tornando-o inútil (CAPEZ, 2016, p. 334).

De acordo com Paulo Rangel (2015, p. 768), cinco são as principais características que todas as medidas cautelares possuem: jurisdicionalidade, acessoriedade, instrumentalidade hipotética, provisoriedade e homogeneidade.

A jurisdicionalidade indica que as medidas cautelares devem ser aplicadas pelo Poder Judiciário através de decisões devidamente fundamentadas e justificadas, uma vez que a maioria delas limita uma série de direitos consagrados pela Constituição Federal. Excepcionalmente, algumas medidas cautelares podem ser utilizadas num primeiro momento sem que haja autorização judicial, como, por exemplo, a prisão em flagrante. Contudo, tais

medidas devem ser analisadas *a posteriori* pelo Judiciário para fins de análise de legalidade (RANGEL, 2015, p. 769).

A característica da instrumentalidade hipotética observa-se diante do uso da medida cautelar como forma de se atingir o objetivo principal do processo. Já a provisoriedade aponta que as medidas cautelares só devem durar até que outras medidas definitivas as substituam ou até que ocorra situação superveniente que as tornem desnecessárias (HAIDAR, 2015).

A homogeneidade tem íntima relação com o princípio da razoabilidade, uma vez que aquela defende que as medidas cautelares não podem se constituir como instrumento processual mais danoso que a pena a ser possivelmente aplicada ao indivíduo.

A última das características mencionadas por Paulo Rangel é acessoriedade, que dita que as medidas cautelares acompanham o processo principal, uma vez que, quando se chega ao final do processo, elas perdem sua eficácia, já que exauriram seu objeto.

Tecendo comentários sobre a importância das medidas cautelares no processo penal, Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 21) reconhece que:

(...) em sede processual penal, é extremamente comum a ocorrência de situações em que essas providências urgentes se tornem imperiosas, seja para assegurar a correta apuração do fato delituoso, a futura e possível execução da sanção, a proteção da própria coletividade, ameaçada pelo risco de reiteração da conduta delituosa, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito.

Tais medidas são utilizadas para instrumentalizar o exercício da jurisdição, e servem comumente como meio de proteção para a existência efetiva e válida da resposta estatal àquele que pratica determinada conduta delituosa, assim como para a sociedade, que requer uma resposta do Estado quando ocorre a prática de um crime. Ao pronunciar-se sobre as medidas cautelares Calamandrei (*apud* Adréa Lyra Travassos Barbosa, 2011) defende que:

(...) representam uma conciliação entre duas exigências geralmente contrastantes na Justiça: a da celeridade e a da ponderação. Entre fazer logo, porém mal e fazer bem, mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo, a fazer logo, permitindo que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca da decisão seja resolvido posteriormente, de forma ponderada, nos trâmites vagarosos do processo ordinário.

Com efeito, as medidas cautelares podem ser classificadas de diversas formas: cautelares de natureza patrimonial, que estão diretamente relacionadas à reparação do dano causado pelo crime e ao perdimento de bens, que surge como efeito da condenação; cautelares relativas à prova, que buscam proteger os elementos que ainda não foram colhidos e evitar o

seu perecimento; e as cautelares de natureza pessoal, que recaem sobre a liberdade de locomoção das pessoas, com o propósito de garantir o resultado do processo (LIMA, 2014, p. 20).

Tecendo comentários sobre as medidas cautelares, Paulo Rangel (2015, p. 767) ensina o seguinte:

A medida cautelar tutela o processo e não o direito material discutido neste processo. O direito material é objeto do processo de conhecimento. A medida cautelar é objeto do processo cautelar. Portanto, a medida cautelar serve de instrumento para se atingir o fim colimado pelo processo de conhecimento, qual seja: a solução do caso penal.

Dentre as diversas medidas cautelares de natureza pessoal trazidas pela legislação pátria, podemos citar a prisão preventiva, a prisão temporária e as medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, que estão assim dispostas:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.

Efetivamente, conforme menciona Alexandre Cebrian Araújo (2016, p. 501):

É sabido que, até o advento da Lei n. 12.403/2011, o Código previa apenas uma medida cautelar passível de recair sobre a pessoa do indiciado ou acusado: a prisão. Com as alterações introduzidas, descortinou-se a possibilidade de o juiz aplicar medidas de natureza diversa da prisão que, embora recaiam sobre a pessoa a quem se atribui a prática da infração, não importam em sua manutenção do cárcere.

De acordo com o autor, a partir da alteração legislativa que ocorreu no ano de 2011, a prisão, que era a única medida cautelar que recaía sobre o imputado, cedeu espaço às outras medidas cautelares diversas, que são menos invasivas e menos prejudiciais a ele, não retirando completamente o indivíduo do meio social em que vive.

Dentre as principais justificativas utilizadas para defender a referida alteração legislativa, encontra-se a de que o número de presos provisórios no Brasil é alto⁵ e o tempo de duração de tal medida ainda é controverso. Chegou-se a conclusão de que a prisão preventiva deve ser utilizada somente em último plano e não em único, como ocorria anteriormente.

3.2 CONCEITO E NOÇÕES GERAIS SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva, conforme mencionado anteriormente, é uma medida cautelar de natureza pessoal, que recai diretamente sobre a liberdade do indivíduo. Ela pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou durante o curso do processo. Trata-se de um mecanismo excepcional e muito invasivo, devendo ser utilizado somente quando nenhuma outra medida cautelar puder ser utilizada ou não for indicada.

Conceituando a prisão preventiva, Fernando Capez (2016, p. 335) ensina que ela é “prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores”. O Código de Processo Penal, mormente em seu artigo 311 prevê que:

Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Dessa maneira, percebe-se que a prisão preventiva é verdadeira prisão processual, não derivando necessariamente de sentença condenatória. Explicando o assunto, Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 233) afirma que:

⁵ De acordo com o levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) no ano de 2016, em 2014 cerca de 40% dos presos no Brasil estavam enquadrados em alguma das hipóteses de prisão provisória.

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

Os efeitos advindos da prisão preventiva são capazes de ferir uma série de direitos fundamentais do indivíduo diferentes da liberdade de locomoção, a exemplo da honra, dignidade, presunção de inocência, etc. Por tal razão, é de suma importância que tal medida seja aplicada somente quando há extrema necessidade para o processo ou para a investigação.

Acerca da imprescindibilidade de decretação da prisão preventiva, Fernando Capez (2016, p. 303) preleciona que:

Mesmo nas situações em que a lei a admite e ainda que demonstrada sua imprescindibilidade, a prisão preventiva tornou-se excepcional, pois somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (CPP, art. 282, §6º), dentre as previstas no art. 319 do CPP. Sendo possível alternativa menos invasiva, a prisão torna-se desnecessária e inadequada, carecendo de justa causa.

A prisão preventiva, apesar de privar o indivíduo de sua liberdade, não pode ser confundida com a prisão-pena. Esta última ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, enquanto que a primeira é medida excepcional a ser utilizada antes da possível condenação. Sobre a matéria, Vinícius Lang dos Santos (*apud* José Maria Rico, 1997, p. 206) afirma que: “a instituição da prisão preventiva constitui um dos mais claros e graves exemplos de intromissão do poder estatal na esfera da liberdade do indivíduo, sem que se preceda a uma sentença judicial justificada com base no delito em questão”.

Percebe-se, assim, que respeitada a excepcionalidade, a prisão preventiva poderá ser decretada nos casos previstos em lei, e desde que preenchidos os requisitos de sua aplicação, que passarão a ser analisados a seguir.

3.3 ANÁLISE SOBRE OS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é disciplinada pelo Código de Processo Penal entre os seus artigos 311 a 316. Sendo uma medida cautelar por excelência, ela somente poderá ser

decretada a partir da demonstração conjunta dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, aqui denominados de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.

O *fumus comissi delicti* pode ser compreendido a partir da leitura da parte final do art. 312 do CPP: “quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. Dessa forma, para que este requisito seja preenchido, faz-se necessário ter a certeza da ocorrência de um crime e, ainda, indícios suficientes de sua autoria.

Sobre este pressuposto, Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 593) ensina:

(...) é a materialidade, isto é, a certeza de que ocorreu uma infração penal, não se determinando o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência de evento típico. Essa prova, no entanto, não precisa ser feita, mormente na fase probatória, de modo definitivo e fundada em laudos periciais. Admite-se haver a certeza da morte de alguém (no caso do homicídio, por exemplo), porque as testemunhas ouvidas no inquérito assim afirmaram, bem como houve a juntada da certidão de óbito nos autos. O laudo necroscópico, posteriormente, pode ser apresentado.

No que tange à prova da existência do crime, também denominada de materialidade, exige-se do órgão julgador a certeza da prática delituosa, ou seja, da ocorrência de um crime.

Quanto aos indícios de autoria, não se exige a certeza do autor da conduta delituosa, uma vez que tal afirmativa somente ocorrerá a partir da sentença. Exige-se, no entanto, ao menos uma prova semiplena, ou seja, aquela com valor persuasivo (LIMA, 2014, p. 240). Sobre este requisito, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou da seguinte forma:

(...) para a decretação da prisão preventiva, faz-se necessário a verificação de *indícios de autoria*, locução na qual *indício* não tem o sentido específico de prova indireta – e eventualmente conclusivo – que lhe dá a lei (CPP, art. 239), mas, sim, o de indicação, começo de prova ou prova incompleta.

Explicando os requisitos acima mencionados, Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 241) afirma:

Por conseguinte, quanto à materialidade delitiva, é necessário que haja prova, isto é, certeza de que o fato existiu, sendo, neste ponto, uma exceção ao regime normal das medidas cautelares, na medida em que, para a caracterização do *fumus boni iuris*, há determinados fatos sobre os quais o juiz deve ter certeza, não bastando a mera probabilidade. Já no tocante à autoria delitiva, não se exige que o juiz tenha certeza desta, bastando que haja elementos probatórios que permitam afirmar a existência de indício suficiente, isto é, probabilidade de autoria, no momento da decisão, sendo a expressão “indício” utilizada no sentido de prova semiplena.

Com efeito, tendo em vista as consequências de aplicação de tal medida, é importante que o julgador, ao decretar a prisão, seja claro e preciso em sua argumentação, não bastando que ele exponha justificativas genéricas ou meros trechos da lei. Tal medida deverá ser aplicada com a máxima cautela, observando-se a proporcionalidade e a razoabilidade na sua utilização. Seguindo essa linha de raciocínio, Rodrigo Moretto (2007, p. 144) afirma que:

A decretação da prisão preventiva por parte do juiz deve ser devidamente fundamentada. Não basta que apenas a determine e diga que está presente tal fundamento, nem mesmo a repetição das palavras da lei bastam. É necessário que justifique o porquê desta inserção. Além de ser ato do juiz que deve ser fundamentado, de acordo com o artigo 93, IX, CF, mais ainda se faz necessário por dizer respeito à restrição da liberdade do indivíduo, conforme preceitua o artigo 315 do CPP.

Importa ressaltar que não existe prisão preventiva obrigatória, uma vez que ela somente poderá ser decretada quando for indispensável à investigação ou ao processo. Ao contrário, estar-se-ia diante de uma verdadeira antecipação da pena, fato que iria de encontro ao princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

No que tange ao *periculum libertatis*, o Código de Processo Penal em seu artigo 312 (primeira parte) prevê quatro possíveis fundamentos para a decretação da preventiva: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, garantia de aplicação da lei pela e conveniência da instrução criminal, que serão analisados a seguir.

3.3.1 Garantia da ordem pública

A primeira hipótese de fundamento do *periculum libertatis* trazida pelo art. 312 do Código de Processo Penal é a garantia da ordem pública. Esta expressão vem há muito sendo criticada pela doutrina e pela jurisprudência, uma vez que é vaga e imprecisa. No ano de 2001, através da elaboração do Projeto de Lei n. 4.208/2001, tentou-se alterar a o texto do Código de Processo Penal com o intuito de restringir o seu significado, tendo o Congresso Nacional mantido o texto original do Código e não aprovado a alteração legislativa.

Dessa maneira, levando-se em consideração a amplitude da expressão “garantia da ordem pública”, buscou-se delimitar o seu significado e foram criadas três correntes

doutrinárias com o objetivo de explicar em quais situações a prisão preventiva poderá ser decretada com tal fundamento.

De acordo com a primeira corrente, que é a minoritária, a prisão preventiva não goza de atributo da cautelaridade, mostrando-se como verdadeira antecipação da pena. Para os defensores de tal corrente, as medidas cautelares de natureza pessoal somente poderão ser utilizadas para proteger o processo em si, e não outros interesses, como o de evitar a reiteração de determinada conduta criminosa, por exemplo (LIMA, 2014, p. 242).

Criticando a utilização da prisão preventiva para outros fins diferentes da proteção dos atos processuais, Odone Sanguiné (2003) afirma:

(...) a prisão preventiva para garantia da ordem pública (ou, ainda, o clamor público) acaba sendo utilizada com uma função de prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir.

De acordo com a segunda corrente, aceita pelos Tribunais Superiores e também denominada de “corrente de caráter restritivo”, a garantia da ordem pública pode ser utilizada como fundamento de decretação da prisão preventiva para evitar que o indivíduo delituoso volte a praticar outras condutas criminosas ou até mesmo permaneça em contato com os seus parceiros de crime. Dessa forma, essa corrente, que é majoritária, defende que a prisão preventiva poderá ser decretada com o intuito de proteger a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente (LIMA, 2014, p. 234).

Para essa corrente, o caráter cautelar da prisão preventiva é mantido, tendo em vista que a prisão atuaria como forma de prevenção geral para a sociedade ante a possibilidade de reiteração de condutas criminosas.

Explicando a corrente de caráter restritivo, Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 244) aduz:

Portanto, de acordo com essa corrente, a prisão preventiva poderá ser decretada com fundamento na garantia da ordem pública sempre que dados concretos – não se pode presumir a periculosidade do agente a partir de meras ilações, conjecturas desprovidas de base empírica concreta – demonstrarem que, se o agente permanecer solto, voltará a delinquir.

Como bem menciona o autor, faz-se necessário que fique demonstrado nos autos a real possibilidade do indivíduo voltar a delinquir. Não basta, portanto, o mero clamor social

ou o induzimento da mídia para que a prisão preventiva possa ser decretada com fundamento na garantia da ordem pública de acordo com esta corrente.

Sobre a impossibilidade de se justificar a decretação de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública pelo mero clamor público e repercussão social do fato, Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 245) ensina:

Nessas hipóteses de clamor público e repercussão social do fato delituosos, não se vislumbra *periculum libertatis*, eis que a prisão preventiva não seria decretada em virtude da necessidade do processo, mas simplesmente em virtude da gravidade abstrata do delito, satisfazendo aos anseios da população e da mídia. Não custa lembrar: o Poder Judiciário está sujeito à lei e, sobretudo, ao direito, e não à opinião da maioria, facilmente manipulada pela mídia.

Efetivamente, para esta corrente, também não se pode admitir que o perigo em abstrato do delito seja capaz de fundamentar a decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública. Este é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, como se pode perceber a partir do seguinte informativo⁶:

HC. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. A Turma negou provimento ao agravo e reiterou o entendimento de que a gravidade abstrata do delito não é suficiente para manter a prisão de natureza cautelar, mormente se o decreto apoia-se, como no caso, em meras suposições, e não em elementos concretos de convicção. Precedentes citados: HC80.870-PR, DJ 11/2/2008, e HC 91.401-MS, DJ 25/2/2008. AgRg no HC 47.312-SP, Rel.Min.Nilson Naves, julgado em 29/4/2008.

Ora, a gravidade em si do delito já deverá ser sopesada pelo legislador no momento em que comina uma pena a determinado tipo penal, e não pelo juiz no momento em que aplica alguma medida cautelar, já que o juiz que decreta uma prisão cautelar para intimidar outras pessoas, para servir de exemplo, está absolutamente equivocado e, pior, não está demonstrando o caráter instrumental da providência acautelatória (GOMES, 2008, p. 198).

Para a terceira corrente, que possui caráter ampliativo e tem como um dos seus principais defensores o doutrinador Fernando Capez, a garantia da ordem pública poderá ser adotada para fundamentar a decretação da prisão preventiva, inclusive, para garantir a credibilidade da justiça quando há prática de crimes que provocam clamor público (LIMA, 2014, p. 247).

⁶ Informativo STJ 354 - Superior Tribunal Justiça. Informativo de Jurisprudência n. 0354. Período: 28 de abril a 9 de maio de 2008.

Nesse sentido dispõe o informativo nº 397 do Superior Tribunal de Justiça, como se pode perceber a partir da leitura do seguinte trecho:

HC 120.167/PR – 5ª Turma – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 04/06/2009. No sentido de que a garantia da ordem pública abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência: STJ, 5ª Turma, RHC 26.308/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 08/09/2009, DJe 19/10/2009.

Importa ressaltar que, independentemente da adoção de qualquer uma das três correntes mencionadas, as condições favoráveis do agente tais como: bons antecedentes, primariedade, residência e trabalhos fixos, etc., não obstam a decretação da prisão nos casos em que for comprovada a periculosidade dele com base em dados concretos.

3.3.2 Garantia da ordem econômica

Outro fundamento para a decretação da prisão preventiva é a garantia da ordem econômica. Este motivo em muito se assemelha à garantia da ordem pública, uma vez que também se busca evitar a reiteração de condutas criminosas por parte do agente, porém, de forma específica, já que se pretende impedir a prática de crimes relacionados à economia popular, a ordem tributária, a ordem econômica, etc.

Como bem menciona Laudécia Moreira de Oliveira (2009), “a garantia da ordem econômica destina-se àqueles crimes que possam perturbar a economia, consistindo a prática da conduta em crime que atinge indefinidamente a coletividade, representando, assim, um abalo ao mercado financeiro”.

Efetivamente, há forte crítica na utilização deste fundamento para a decretação de preventiva, uma vez que ele se mostra obsoleto quando se trata da repressão aos crimes econômicos praticados por organizações criminosas. Sobre o assunto, Renato Brasileiro de Lima afirma (2014, p. 249):

Uma observação final deve ser feita quanto à prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem econômica: não olvidamos a importância da privação cautelar da liberdade de locomoção de agentes envolvidos com organizações criminosas e/ou com crimes contra a ordem econômica. Todavia, não se pode ser ingênuo a ponto de acreditar que a prisão cautelar de um ou mais agentes terá o condão de pôr fim às práticas delituosas.

Como se observa, a utilização de medidas cautelares de natureza pessoal para o combate a organizações criminosas que praticam crimes financeiros é, de certo modo, ineficaz. Ainda que um ou mais agentes que façam parte da organização estejam privados de sua liberdade de locomoção, eles podem ser substituídos por outros membros da organização. Dessa maneira, nestes casos mostra-se mais útil a utilização de medidas cautelares que recaiam sobre o patrimônio da organização, uma vez que deste modo será possível desarticular a atividade criminosa.

3.3.3 Garantia de aplicação da lei penal

A prisão preventiva com base neste fundamento só poderá ser decretada a partir do momento em que se constatar que o indivíduo que está sendo processado ou investigado pretende se resguardar do distrito da culpa (LIMA, 2014, p. 249), tornando inviável a possível execução de uma pena.

Exemplificando a utilização deste fundamento para a decretação da prisão preventiva, Fernando Capez (2016, p. 338) ensina que ele poderá ser empregado

(...) no caso de iminente fuga do agente do distrito da culpa, inviabilizando a futura execução da pena. Se o acusado ou indiciado não tem residência fixa, ocupação lícita, nada, enfim, que o radique do distrito da culpa, há um sério risco para a eficácia da futura decisão se ele permanecer solto até o final do processo, diante da sua provável evasão.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Alexandre Cebrian Araújo (2016, p. 484) ensina que este fundamento

(...) baseia -se na existência de indícios de que o acusado está prestes a se evadir ou de que já fugiu para furtar -se ao cumprimento da pena em caso de condenação. Ex.: réu que se esconde para não ser citado dando causa à suspensão do processo, nos termos do art. 366 do CPP, ou réu acusado de homicídio que alugou avião para fugir do país etc.

Efetivamente, não se pode presumir a fuga de um indivíduo com elevadas condições financeiras, sob pena de se ferir o princípio da presunção de inocência. Assim como demonstrado nos outros pressupostos, faz-se necessário que se revele concretamente

que o indivíduo criminoso pretende esquivar-se dos trâmites processuais, seguindo-se a regra de que o ônus da prova caberá à acusação.

Questão interessante se mostra a partir do momento em que o investigado ou acusado se ausentam momentaneamente para evitar uma prisão em flagrante ou uma prisão arbitrária. Os tribunais não têm aceitado tais hipóteses como aptas a servirem de fundamento de decretação da prisão preventiva. Veja-se a seguinte ementa do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTOS. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO.

1. Na decretação da prisão preventiva, a ausência de enunciação de fatos concretos, indicadores dos fundamentos de cautelaridade previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelam constrangimento ilegal.
2. A fuga do distrito da culpa, diante de decreto prisional marcado pela carência de fundamentação, não corporifica, por si só, o risco para aplicação da lei penal, mas, antes, exercício regular de direito: legítima oposição ao arbítrio estatal.
3. Ordem concedida.

Ora, não se mostra razoável permitir que um indivíduo seja preso diante de um decreto prisional que carece de fundamentação ou que seja arbitrário. Ao contrário: mostra-se como exercício regular de direito a legítima oposição aos arbítrios estatais (LIMA, 2014, p. 250), podendo o indivíduo, neste caso, se esquivar das providências ilegais do Estado.

3.3.4 Conveniência da instrução criminal

A prisão preventiva decretada com fundamento na conveniência da instrução criminal busca impedir que o investigado ou acusado possa, de alguma forma, interferir na livre colheita de provas ou atrapalhar ato processual que ocorre na fase da instrução criminal. Dessa forma, tenta-se impedir que o agente não comprometa a busca pela verdade real (LIMA, 2014, p. 253).

Tecendo comentários sobre este fundamento, Fernando Capez (2016, p. 337) ensina:

A conveniência da instrução criminal visa impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, ameaçando testemunhas, apagando vestígios do crime, destruindo documentos etc. Evidente aqui o *periculum in mora*, pois não se chegará à verdade real se o réu permanecer solto até o final do processo. Embora a lei utilize

o termo conveniência, na verdade, dada a natureza excepcional que se reveste a prisão preventiva (CPP, art. 282, § 6º), deve-se interpretá-la como *necessidade* e não mera conveniência. (grifo do autor)

Exemplificando a utilização deste fundamento para decretar a prisão preventiva, Alexandre Cebrian (2016, p. 484) ensina:

É decretada, por exemplo, quando o agente, em liberdade, ameaça testemunhas ou a vítima para que prestem depoimento favorável a ele em juízo ou para que não o reconheçam como o autor do crime no dia da audiência. A prisão do acusado neste caso fará com que a vítima ou testemunha sintam-se seguras ao depor, pois, estando o réu solto após ameaçá-las, certamente se sentirão constrangidas e os depoimentos poderão acabar não retratando a realidade dos fatos.

Com efeito, antes de decretar a prisão preventiva com este fundamento, faz-se necessário que o juiz analise a possibilidade de adoção de outras medidas cautelares menos invasivas, como a busca e apreensão e a condução coercitiva, por exemplo.

Importa ressaltar que o art. 282, § 4º do CPP⁷ também prevê a possibilidade de ser decretada a prisão preventiva quando houver o descumprimento de qualquer das medidas anteriormente impostas pelo juiz.

De todo modo, o artigo 313 do Código de Processo Penal trata das hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva, como se pode observar a partir da seguinte leitura:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
 I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
 II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
 III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
 Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁷ Art. 282, § 4º, Código de Processo Penal: No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Dessa maneira, presente algum dos pressupostos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada de acordo com os crimes previstos no artigo 313 do mesmo diploma normativo.

3.4 PRAZO DE DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

O Código de Processo Penal não estabelece um prazo de duração da prisão preventiva. Com o objetivo de sanar a obscuridade legislativa, consolidou-se na jurisprudência pátria o prazo de 81 dias para a conclusão da instrução criminal e o fim da prisão preventiva. O referido prazo surgiu a partir da soma dos prazos processuais do procedimento comum e estabeleceu o limite máximo para prolação de sentença, no caso do réu se encontrar preso cautelarmente.

O Superior Tribunal de Justiça criou as Súmulas nº 21, 52 e 64 com esse mesmo raciocínio, objetivando afastar algumas hipóteses sobre excesso de prazo no processo penal. Apesar de inúmeras discussões sobre o prazo de 81 dias, a jurisprudência já parecia estar pacificada em relação à matéria.

Contudo, no ano de 2008 houve relevante alteração no Código de Processo Penal, especialmente ao que se refere aos prazos processuais, atingindo de maneira direta o prazo anterior de 81 dias, anteriormente estabelecido pela jurisprudência.

Dessa forma, novamente observou-se o problema na fixação de prazo máximo de duração de tal medida diante da obscuridade legislativa. À frente de tal questão, faz-se necessário analisar os efeitos dessa omissão e as possíveis soluções que podem ser adotadas no meio forense para a compensação do tempo em que o indivíduo ficou preso preventivamente durante um período maior do que deveria.

4 ANÁLISE SOBRE A AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO TEMPORAL E O EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA

A lacuna deixada pelo ordenamento jurídico quanto à duração máxima da prisão preventiva gera uma série de questionamentos acerca do seu tempo de duração, uma vez que fere diversos princípios explícitos no texto constitucional. Conforme se verá a seguir, o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, buscou estabelecer critérios genéricos para aferir a razoabilidade de duração da prisão preventiva.

Com efeito, a fim de ressarcir em algum plano o indivíduo que passou mais tempo preso do que deveria, faz-se necessária a discussão sobre possíveis meios de compensar aquele que teve a sua liberdade maculada de maneira inconstitucional.

4.1 AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO DE PRAZO PARA A DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Apesar de ser um mecanismo cautelar de extrema importância para o processo penal brasileiro, a prisão preventiva apresenta um grande problema: a sua indeterminação temporal. Ao observar inúmeros casos⁸ julgados pelo Poder Judiciário brasileiro, podemos notar que a ausência de delimitação temporal da prisão preventiva acarreta numerosos embaraços para aqueles que se encontram encarcerados provisoriamente, para os seus familiares e, de forma indireta, para a sociedade. Conforme esposado por Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 265):

Ao longo dos anos, em virtude dessa indeterminação do prazo da custódia preventiva, diversos abusos foram cometidos, em patente violação à natureza provisória da prisão cautelar, que se via transformada, mediante subversão dos fins que a legitimam, em inaceitável antecipação executória da própria sanção penal,

⁸ A título exemplificativo, podemos citar o julgamento do HC 282.884/SP, 5ª Turma, que teve como relatora a Ministra Regina Helena Costa, onde foi concedida a ordem do *Habeas Corpus* para expedição de alvará de soltura, uma vez que o paciente estava preso preventivamente há mais de 03 (três) anos enquanto aguardava o julgamento de sua apelação. Em sentido semelhante, tem-se o julgamento do HC 289.762/SP, 5ª Turma, que teve como relatora a Ministra Laurita Vaz, onde foi concedida a ordem de *Habeas Corpus* para determinar o relaxamento da prisão preventiva, uma vez que se revelou excessivo o prazo de 01 (um) ano e 09 (nove) meses para o julgamento da apelação criminal de determinado paciente que foi condenado à pena de 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

violando não só o princípio da presunção de inocência, como também o direito à razoável duração do processo, previsto expressamente na Constituição Federal (art. 5º, inciso LXXVIII) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 7º, §5º).

Com efeito, de acordo com Aury Lopes Júnior (2016, p. 42), diversas garantias fundamentais caem por terra quando há demora desproporcional no curso do processo. Do mesmo modo, podemos entender que tais garantias são ainda mais prejudicadas quando há excesso de prazo na aplicação da prisão preventiva. Dentre as principais garantias afetadas por esta situação podemos mencionar, a título meramente exemplificativo, a jurisdicionalidade e a presunção de inocência.

A garantia da jurisdicionalidade é altamente lesada diante da demora excessiva da cautelar prisional, uma vez que a instrução processual – em diversos aspectos – se revela como verdadeira antecipação da pena e não como meio de resolução do conflito estabelecido entre o Estado e o imputado. Nesta hipótese, a privação da liberdade antes da realização de um juízo condenatório é capaz de causar estigmatização e angústia ao preso e à sua família.

Outra garantia demasiadamente afetada pelo excesso de prazo da cautelar prisional é a presunção de inocência, uma vez que quanto mais tempo o réu ou investigado fica preso cautelarmente, mais desacreditado ele se torna. A prisão, nesta hipótese, acaba aos poucos com a credibilidade dele, situação que extrapola o âmbito jurídico e atinge o social, uma vez que a sociedade passa a enxergá-lo como se criminoso fosse, promovendo um prévio juízo social negativo sobre ele. Sobre o assunto, Aury Lopes Júnior (2016, p. 42) afirma que:

(...) na continuação, é fulminada a Presunção de Inocência, pois a demora e o prolongamento excessivo do processo penal vão, paulatinamente, sepultando a credibilidade em torno da versão do acusado. Existe uma relação inversa e proporcional entre a estigmatização e a presunção de inocência, na medida em que o tempo implementa aquela e enfraquece esta.

Assim, diante do uso frequente de tal medida, faz-se necessário refletir sobre o tempo adequado de sua duração, pois, de acordo com Luigi Ferrajoli (2006, p. 711), a prisão preventiva, “por causa de seus pressupostos, de sua modalidade e da sua dimensão assumida, tonou-se o sinal mais vistoso da crise de jurisdição, [...] e, sobretudo, da sua degeneração no sentido diretamente punitivo”.

Tendo isso em vista e a fim de não deixar o indivíduo preso preventivamente à mercê do Estado ante a ausência de delimitação temporal da prisão preventiva, até o ano de 2008 ficou consolidado na doutrina e na jurisprudência o prazo máximo de 81 (oitenta e um)

dias para a duração da instrução criminal (processo em 1º grau), estando o réu preso preventivamente. Ultrapassado esse prazo, haveria o que a doutrina chama de “excesso de prazo na formação da culpa” (LIMA, 2014) e a prisão preventiva deveria ser relaxada, uma vez que estaria presente o constrangimento ilegal.

Ocorre que, conforme mencionado no segundo capítulo do presente trabalho, este prazo tornou-se incompatível com os novos prazos procedimentais trazidos pelas alterações legislativas que ocorreram no ano de 2008. Somando-se a isso, parte da doutrina rechaçava a ideia de impor o limite dos 81 dias à duração máxima da prisão preventiva, uma vez que este prazo apenas colocaria fim à instrução criminal, não a todo o processo. Comentando esta última ideia, Renato Brasileiro de Lima ensina (2014, p. 266):

Para parte da doutrina, esse encurtamento do termo final, ou seja, a adoção de um termo *a quo* anterior ao julgamento em primeiro grau seria incompatível com o direito ao processo penal em prazo razoável, assegurado pelo art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna. Afinal, o direito à razoável duração do processo não pode ficar circunscrito ao direito à razoável duração da instrução, na medida em que o término da instrução não põe fim ao término do processo.

De fato, a crítica doutrinária se dava principalmente em torno do cômputo dos prazos que dizia respeito apenas a prática dos atos processuais realizados em primeiro grau, ou seja, durante a instrução processual. Os prazos estabelecidos pelo CPP para a prática de atos processuais a serem realizados após a sentença, como o de 05 (cinco) dias para apresentar apelação, por exemplo, não eram levados em consideração para estipulação do prazo máximo de duração da prisão preventiva.

Dessa maneira, continuava a existir um vácuo em relação ao tempo máximo de duração da medida, uma vez que ainda existia a possibilidade do indivíduo continuar preso provisoriamente após ser proferida sentença, e neste caso não havia qualquer parâmetro para o tempo de duração da prisão, a não ser a razoabilidade.

Com efeito, diante das alterações legislativas ocorridas no ano de 2008 e com o desenvolvimento da criminalidade no país, gerando a complexidade das causas criminais, os Tribunais Superiores passaram a entender que não havia como estipular prazo com natureza absoluta para o fim da instrução processual estando o réu preso ou solto.

Dessa forma, a análise do tempo adequado de duração do processo e de suas respectivas medidas cautelares deveria ser feita casuisticamente, levando-se em consideração, dentre outros aspectos, o princípio da proporcionalidade, a complexidade da causa e o número

de réus envolvidos no processo. Sobre a matéria, Renato Brasileiro de Lima afirma (2014, p. 271):

Portando, não é o simples somatório aritmético dos prazos abstratamente previstos na lei processual penal que servirá de balizamento para fins de delimitação do excesso de prazo na formação da culpa. Dependendo da natureza do delito e das diligências necessárias no curso do processo, é possível, então, que eventual dilação do feito seja considerada justificada.

Nesse sentido, podemos observar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a partir da leitura do seguinte trecho, retirado do julgamento do *Habeas Corpus* n. 91.982/CE, que foi julgado pela 5ª Turma e teve como relatora a Ministra Jane Silva:

(...) aplica-se o princípio da razoabilidade para justificar o excesso de prazo, caso haja regular tramitação do feito, com eventual retardamento no julgamento do paciente causado pela complexidade do processo, decorrente da pluralidade de acusados (onze), do desmembramento do feito em relação aos pacientes, bem como pela necessidade de expedição de diversas cartas precatórias para o interrogatório dos réus. Justifica-se eventual dilação de prazo para a conclusão da instrução processual, quando a demora não é provocada pelo Juízo ou pelo Ministério Público, mas sim decorrente de incidentes do feito e devido à observância de trâmites processuais sabidamente complexos.

De fato, observados os principais meios utilizados para medir o tempo de duração razoável de tal medida, percebe-se que ao longo dos anos, apesar dos estudos doutrinários e das discussões jurisprudenciais sobre o tema, não há como estipular um prazo fixo de duração da prisão preventiva.

Ocorre que, ainda assim, faz-se necessário discutir quais parâmetros devem ser levados em consideração para aferir casuisticamente a razoabilidade da duração e o excesso de prazo de tal medida, uma vez que, apesar da omissão legislativa, o preso tem que ter respeitado o seu direito fundamental à duração razoável do processo e, conseqüentemente, à duração razoável da sua prisão.

4.2 O EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA DURANTE A FORMAÇÃO DA CULPA

Conforme dispõe o art. 5º, inciso LXV da Constituição Federal, “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. Desse modo, ultrapassado o tempo

razoável de duração da medida, ela se transforma em constrangimento ilegal e dá margem ao seu relaxamento, pois além de ferir os princípios do devido processo legal e da duração razoável do processo, fere a presunção de inocência, ou seja, torna-se ilegal.

Em que pese a existência desse dispositivo, muito se questiona a partir de que momento ou de que circunstâncias pode-se afirmar que há excesso de prazo em relação ao tempo de duração da prisão preventiva, uma vez que o Código de Processo Penal não trouxe dispositivo referente ao seu tempo de duração.

Historicamente, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH começou a discutir a duração razoável do processo e da prisão preventiva em plano internacional a partir do julgamento do *leading case* “Wemhoff”⁹. Desde o julgamento deste caso, o TEDH passou a adotar a regra dos Sete Critérios para aferição do tempo de duração razoável do processo e a análise do excesso de prazo para conclusão da demanda. De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 272), os sete critérios que eram levados em consideração por esta regra eram os seguintes:

- I) A efetiva duração da detenção;
- II) A duração da prisão preventiva em relação à natureza da infração, grau da pena cominada que se possa prever para o suspeito, e o sistema legal de abatimento da prisão no cumprimento da pena que no caso venha a ser importa;
- III) Os efeitos materiais, morais e de outra natureza que a detenção produz no deito quando ultrapassarem as normas consequências da mesma;
- IV) A conduta do acusado (...);
- V) As dificuldades da instrução do caso (a complexidade dos fatos ou do número de testemunhas e acusados, necessidade de produzir provas no estrangeiro);
- VI) A forma em que se desenvolveu a instrução e;
- VII) A atuação das autoridades judiciais.

Ocorre que, apesar da sua relevância como marco inicial para discussão da razoabilidade temporal da prisão preventiva, neste caso e em nenhum outro o TEDH chegou a estipular prazo determinado para o fim do processo, estando o réu preso ou solto. Em verdade, a regra dos Sete Critérios foi substituída pelo TEDH pela regra dos Três Critérios Básicos, que já foi devidamente explanada no Capítulo I.

⁹ Com a sentença datada em 27 de junho de 1968, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos discutiu neste caso a duração razoável do processo, com enfoque especial no excesso de prazo de duração da prisão preventiva. Wemhoff foi processado na Alemanha por ter cometido delitos financeiros com consequências internacionais e a investigação preliminar que serviu de base para o seu processo criminal durou mais de dois anos.

4.2.1 O Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

No Brasil, de acordo com Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 272), “tem-se considerado que o excesso de prazo na formação da culpa é medida de todo excepcional”. O Supremo Tribunal Federal tentou objetivar o prazo razoável de duração da prisão preventiva em diversos julgados, e estabeleceu uma série de fundamentos e situações em que há possibilidade do reconhecimento do excesso de prazo na utilização da cautelar. As hipóteses autorizadoras não se restringem aquelas já referidas ao longo do trabalho e que levam o nome de “Teoria dos Três Critérios Básicos”, conforme se depreende a seguir.

Quanto a complexidade da causa, o Supremo Tribunal Federal, julgando o HC 104.346 – SP, 1ª Turma, que teve como relator o Ministro Luiz Fux, se manifestou da seguinte forma:

O artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal 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’. O excesso de prazo alegado não resulta de simples operação aritmética, porquanto deve considerar a complexidade do processo, o retardamento injustificado, os atos procrastinatórios da defesa e o número de réus envolvidos; fatores que, analisados em conjunto ou separadamente, indicam ser, ou não, razoável o prazo para o encerramento da instrução criminal. O excesso de prazo justificado com a suspensão do processo, nos termos do artigo 366 do CPP, em razão de não ter sido o paciente encontrado para fins de citação; o grande número de corréus; a complexidade do feito; e recurso em sentido estrito interposto pela defesa contra a sentença de pronúncia, não violam a cláusula da duração razoável do processo.

Em julgamento de outro HC, a Ministra Ellen Gracie ressaltou a importância de se analisar o princípio da duração razoável do processo em conjunto com outros princípios trazidos pela legislação constitucional, em especial o princípio da razoabilidade, conforme se depreende da seguinte ementa:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PROCESSUAL. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. DENEGAÇÃO. (...) A razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), logicamente, deve ser harmonizada com outros princípios e valores constitucionalmente adotados no Direito brasileiro, não podendo ser considerada de maneira isolada e descontextualizada do caso relacionado à lide penal que se instaurou a partir da prática dos ilícitos. A prisão cautelar do paciente pode se justificar, ainda que não encerrada a instrução criminal, com fundamento no parâmetro da razoabilidade em se tratando de instrução criminal de caráter complexo. *Habeas corpus* não conhecido.

Outro critério bastante utilizado pelo STF para aferição da razoabilidade do tempo de duração da prisão preventiva é a conduta das partes durante o processo. De acordo com o Ministro Relator do HC n. 92719 ES, Joaquim Barbosa, a conduta intimidatória dos réus durante o processo é capaz de justificar a permanência, ainda que duradoura, da utilização da prisão preventiva, conforme se depreende do seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. DURAÇÃO RAZOÁVEL PARA OS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO UTILIZADOS PELA DEFESA. FUNDAMENTOS. CAUTELARIDADE. TEMOR DE TESTEMUNHAS. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. IDONEIDADE. CO-RÉ BENEFICIADA POR ALVARÁ DE SOLTURA. DIFERENÇA DE SITUAÇÕES FÁTICO-PROCESSUAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A duração do processo se submete ao princípio da razoabilidade, havendo inúmeros critérios que auxiliam na determinação do excesso. No caso, trata-se de ação penal com três réus, respondendo por dois crimes de homicídio, em concurso material, tendo a defesa se utilizado de meios recursais que, embora legítimos, demandam tempo para análise e julgamento. 2. A prolação de sentença de pronúncia prejudica a alegação de excesso de prazo para a instrução. A posterior demora se deu em virtude do tempo necessário para julgamento das vias normais de impugnação utilizadas. 3. A custódia cautelar foi decretada por se ter constatado, em audiência, que as testemunhas poderiam deixar de colaborar com a Justiça em razão do medo que os réus, em liberdade, lhes provocam. Periculosidade também destacada na decisão que decretou a custódia, considerando indícios de que os pacientes seriam pistoleiros profissionais. 4. A diversidade entre as situações dos pacientes e a da co-ré beneficiada por alvará de soltura impede a extensão do writ. Inaplicabilidade do art. 580 do Código de Processo Penal. 5. Ordem denegada.

Da mesma forma, o Ministro Marco Aurélio, no julgamento do HC 87189, se posicionou no sentido de não reconhecer o excesso de prazo de duração da prisão preventiva, uma vez que o réu causou a demora do processo ao utilizar-se de recursos processuais, conforme se depreende dos seguintes termos: “Operada a prisão preventiva, releva-se o tempo anterior à sentença de pronúncia, se, depois desta, a demora decorre do exercício do direito do réu de, retardando a realização do júri, insistir-lhe no reexame mediante recurso em sentido estrito”.

Com efeito, outro critério que chama a atenção e que está relacionado com a complexidade da causa é a gravidade do delito do qual trata o processo, apesar de não obstar o direito subjetivo do réu à duração razoável da demanda. No julgamento do HC n. 92483, o STF reconheceu a razoabilidade do prazo estendido de duração da prisão preventiva, uma vez que a gravidade do crime somando-se a complexidade da causa exigia maior tempo de desenvolvimento da instrução processual, conforme se depreende da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. RAZOABILIDADE. O entendimento

desta Corte está alinhado no sentido de que o prazo de oitenta e um dias para o término da instrução criminal não é absoluto, podendo ser dilatado mercê da complexidade dos autos e da quantidade de réus envolvidos no fato delituoso. A circunstância de o paciente e outros responderem pela prática de quatro homicídios qualificados [chacina] torna razoável a dilação da instrução criminal para além do prazo legalmente estipulado. Ordem denegada.

Dessa maneira, percebe-se que, apesar da omissão legislativa, o STF casuisticamente buscou criar critérios para aferição da razoabilidade temporal do processo e da medida cautelar prisional eventualmente utilizada. De acordo com Viviane de Freitas Pereira e Ana Carolina Mezzalira (2010):

As características eleitas pelo Supremo Tribunal Federal se coadunam com aquelas trazidas pela doutrina e jurisprudência internacional, sendo, sem dúvida, os critérios que, ante a ausência de fixação legal, têm sido levadas em especial consideração para análise do tempo da prisão preventiva, haja vista a importância jurisdicional do STF, tendo suas decisões enorme repercussão em todos os âmbitos do Poder Judiciário.

Importa ressaltar que o STF também utiliza outros parâmetros para aferir o tempo de duração razoável da duração da prisão preventiva como, por exemplo, a mora advinda da prática de diligências suscitadas exclusivamente pela defesa e a mora decorrente da inércia do Poder Judiciário.

4.3 ANÁLISE DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DA PRISÃO PREVENTIVA COM ENFOQUE NA NORMA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal dita que a liberdade dos indivíduos, em especial a de locomoção, deve ser ao máximo protegida. Desse modo, o seu cerceamento torna-se medida excepcional e *ultima ratio*, a ser utilizada somente nos casos previstos em lei e de acordo com a máxima necessidade presente no caso concreto.

Conforme se depreende da interpretação do texto constitucional, o Poder Judiciário não pode aplicar sanção penal ao indivíduo sem que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (CF, art. 5º, inciso LVII). Ao elencar esse dispositivo como Direito Fundamental, o legislador constituinte buscou evitar que o Poder Judiciário atribua culpa aos indivíduos ou aplique sanção penal sem analisar pormenorizadamente os fatos através de um processo judicial.

Efetivamente, essa ideia nem sempre é respeitada na prática forense quando se trata de aplicação da prisão preventiva, uma vez que em diversos casos ela é utilizada de maneira desproporcional e atinge o indivíduo como se pena processual fosse, ferindo diversos dispositivos constitucionais. Inclusive, há doutrinadores que pregam a abolição de tal medida, afirmando que ela viola o Direito Penal Garantista. Esse é o posicionamento de Ferrajoli (2006, p. 505) ao afirmar que o instituto é “ilegítimo e inadmissível, porque vulnera a presunção de inocência”.

Com efeito, tratando-se da utilização da cautelar em referência, devem-se levar em conta os seus princípios norteadores, quais sejam: necessidade e proporcionalidade de sua duração, para que seja aplicada de acordo com as máximas constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência, uma vez que, de acordo com Laudécia Moreira de Oliveira (2009) “não existe fundamentação que justifique a permanência de uma pessoa na prisão sem culpa confirmada, configurando-se um excesso irrazoável o tempo de sua segregação cautelar”.

Portanto, para que seja considerada constitucional, a aplicação da prisão preventiva deve ocorrer dentro dos limites considerados razoáveis, respeitando-se a presunção de inocência e a duração razoável do processo, uma vez que quando o tempo de duração da prisão preventiva extrapola o limite do razoável, a medida passa a ser considerada como inconstitucional, já que fere diversos princípios previstos na Constituição Federal. Sobre o assunto, Nucci (2015, p. 463) preleciona que:

Não há clara determinação constitucional para o zelo em relação à duração razoável da prisão cautelar, mas não há como deixar de se incluir essa fase no âmbito geral do trâmite processual. Cuidando-se da regra (liberdade) e da exceção (prisão cautelar), torna-se fundamental exigir que a celeridade no andamento do processo seja firmemente observada, quando se tratar de réu preso. Afinal, se para os soltos, impõe a Constituição deva exigir um processo com razoável duração, garantindo-se celeridade na sua tramitação, com maior razão, deve-se exigir a razoabilíssima duração do feito, cuidando-se de acusado preso cautelarmente.

Ocorre que, ainda que a Constituição Federal vede a aplicação desarrazoada de tal medida, a lacuna deixada pela legislação processual dá margem à discricionariedade de sua utilização, algo que não deve ser aceito num Estado Democrático de Direito. Portanto, faz-se necessário buscar soluções para este problema, uma vez que a liberdade dos indivíduos não pode continuar sendo maculada pela omissão legislativa presente no ordenamento jurídico pátrio.

4.4 SOLUÇÕES PARA A QUESTÃO DA AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO TEMPORAL PARA A DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Considerando a impossibilidade fática de se estabelecer um prazo fixo de duração da prisão preventiva, faz-se necessário criar um mecanismo processual onde se possa aferir periodicamente a necessidade de manutenção da medida, sem que haja provocação das partes, uma vez que inúmeros indivíduos presos preventivamente sofrem pelo excesso de prazo de duração da medida por não terem sequer condição financeira para constituir advogado e este interpor o requerimento judicial cabível.

Ainda assim, uma vez comprovado o excesso de prazo de duração da prisão preventiva, torna-se indispensável, ao menos, compensar na forma da lei processual ou material o indivíduo que foi teve a sua liberdade prejudicada inconstitucionalmente, ao mesmo tempo em que se deve buscar a punição do agente que deu causa ao excesso do prazo.

4.3.1 Soluções compensatórias

As soluções compensatórias podem ter caráter cível ou penal (LOPES JR., 2016). De acordo com Nicollit (2016, p. 98) a solução compensatória de caráter cível tem como finalidade principal “a recomposição do equilíbrio econômico quebrado ou modificado em razão do dano”. Com efeito, nesta hipótese a recomposição dos danos causados terá natureza patrimonial e deverá ocorrer a partir do pagamento de danos morais e materiais produzidos pelo Estado.

No que tange à solução compensatória no âmbito penal, diversos mecanismos podem ser utilizados para beneficiar aquele que passou mais tempo preso preventivamente do que deveria, como, por exemplo, a atenuação da pena ao final aplicada, a concessão do perdão judicial e a detração.

Com efeito, o artigo 66 do Código Penal ao tratar das atenuantes genéricas afirma que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”. Dessa forma, mostra-se cabível aplicar este dispositivo para atenuação da pena nas hipóteses de excesso de duração da

prisão preventiva, uma vez que o fato do indivíduo passar mais tempo preso do que eventualmente deveria, por si só, deve implicar na redução do tempo de duração da pena que lhe for eventualmente atribuída.

A concessão do perdão judicial, de acordo com os casos previstos no Código Penal (art. 121, §5º, art. 129, §8º e art. 8º), também se mostra como uma solução penal compensatória interessante, uma vez que em diversas hipóteses, conforme relatado neste trabalho, a dilação excessiva da prisão preventiva atinge de forma tão grave o agente que torna-se desnecessária a aplicação de qualquer outra espécie de sanção penal.

Efetivamente, outro instituto compensatório penal que pode ser utilizado é a detração, que está prevista no artigo 42 do CP¹⁰, conforme se pode observar a partir da seguinte ementa de julgado realizado pelo Superior Tribunal de Justiça:

STJ - HABEAS CORPUS HC 96644 MS 2007/0297048-5 (STJ) Data de publicação: 12/05/2008 Ementa: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO AO REGIME PRISIONAL ABERTO. REQUISITO OBJETIVO. CÔMPUTO DO TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA. LAPSO TEMPORAL DE CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME INTERMEDIÁRIO FIXADO NA SENTENÇA ATINGIDO. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL. REQUISITO SUBJETIVO. ANÁLISE A SER FEITA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. 1. Verificado que o Paciente já atingiu o lapso temporal necessário para a almejada progressão ao regime aberto, na medida em que cumprido 1/6 da pena no regime intermediário (semi-aberto), mostra-se despicienda a análise da alegação do preenchimento do requisito objetivo para a obtenção da benesse considerando-se como marco inicial a data da prisão provisória do Paciente e não a do início do cumprimento da pena no regime fixado na sentença (semi-aberto). 2. Habeas corpus conhecido parcialmente. Ordem parcialmente concedida para, evidenciado o cumprimento do requisito objetivo, determinar que o Juízo da Execução Criminal prossiga na análise dos demais requisitos subjetivos para sua concessão.

4.3.2 Soluções processuais

Uma das possíveis soluções processuais a serem utilizadas quando há demora excessiva do processo e da respectiva prisão preventiva é a extinção do feito. Há quem entenda que a partir do momento em que há desídia do Estado para a efetivação do *ius puniendi*, o processo deve findar. Este é o posicionamento esposado por Aury Lopes Jr. (2016, p. 49):

¹⁰ Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

(...) a extinção do feito é a solução mais adequada, em termos processuais, na medida em que, reconhecida a ilegitimidade do poder punitivo pela própria desídia do Estado, o processo deve findar. Sua continuação, além do prazo razoável, não é mais legítima e vulnera o Princípio da Legalidade, fundante do Estado de Direito, que exige limites precisos, absolutos e categóricos – incluindo-se o limite temporal – ao exercício do poder penal estatal. Também existe uma grande resistência em compreender que a instrumentalidade do processo é toda voltada para impedir uma pena sem o devido processo, mas esse nível de exigência não existe quando se trata de não aplicar pena alguma. Logo, para não aplicar uma pena, o Estado pode prescindir completamente do instrumento, absolvendo desde logo o imputado, sem que o processo tenha que tramitar integralmente.

Outra solução processual que se mostra cabível neste caso é a declaração de nulidade de todos os atos processuais que forem praticados após o reconhecimento do excesso de prazo, uma vez que a posição de encarceramento excessivo do indivíduo enfraquece o seu direito de defesa, ainda que indiretamente.

4.3.3 Soluções sancionatórias

Conforme menciona Cristina Tinder Fonseca (*apud* Daniel Pastor, p. 2007):

Além das soluções estritamente processuais ou das compensatórias, a questão da excessiva duração do processo penal tem também repercussões no âmbito do direito propriamente sancionador, em relação aos funcionários culpáveis da violação do direito fundamental de todo o imputado a ser julgado em um prazo razoável.

Com efeito, as soluções sancionatórias para o caso de excesso de prazo da prisão preventiva estão relacionadas com a possibilidade de punir o servidor (magistrado, promotor, serventuários da justiça, etc.) que deu ensejo à dilação indevida. Esta espécie de solução exigiria alteração legislativa no âmbito administrativo e penal (através da criação de um tipo penal específico) para que pudesse ser devidamente utilizada.

De maneira tímida, pode-se perceber que a Constituição Federal em seu artigo 93, inciso III, alínea “e” recepcionou esta solução, ainda que restritivamente aos magistrados, ao dispor que “não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise acerca da aplicação do princípio da razoabilidade como principal meio de delimitação temporal da prisão preventiva diante da omissão legislativa presente no ordenamento jurídico pátrio.

Além disso, foi possível explorar as nuances do princípio da duração razoável do processo, previsto expressamente na Constituição Federal e em outros diplomas normativos, e do instituto da prisão preventiva, com seus pressupostos e principais características a partir do entendimento das doutrinas clássicas e modernas, e também da jurisprudência pátria.

De um modo geral, constatou-se que, apesar de estar previsto em diversas normas, o princípio da duração razoável do processo ainda não é aplicado da forma aceitável, especialmente quando se trata de sua correlação com o tempo de duração da prisão preventiva.

Verificou-se que a simples existência formal desse princípio não é capaz, por si só, de garantir o respeito à liberdade dos indivíduos. Desta forma, entendeu-se que o texto normativo atual serve apenas de parâmetro para aferição da razoabilidade temporal do processo e da prisão preventiva.

Observou-se que em diversos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça este princípio fora violado constantemente, algo que é inaceitável diante de um Estado Democrático de Direito que, em tese, deve fazer valer os Direitos Fundamentais face às arbitrariedades e abusos estatais.

Desta feita, verificou-se que não basta que a legislação crie princípios, faz-se necessário respeitá-los e efetivá-los, seja através da implementação de políticas públicas voltadas ao combate ao crime, seja por meio da implementação de reformas na legislação com o intuito de solucionar as omissões existentes e garantir a desburocratização do processo para as partes, em especial o réu, que tem o seu direito à liberdade ameaçado diante do processo penal.

Ao observar os principais critérios utilizados atualmente para aferir o tempo de duração razoável da prisão preventiva, percebeu-se que apesar de haver uma evolução lenta e gradual, o Estado ainda deve se preocupar com a eficácia das suas atividades jurisdicionais e criar novas formas de se chegar ao fim do processo em tempo minimamente hábil.

Além do mais, deve-se atentar para o fato de que o indivíduo que passa mais tempo preso do que deveria, apesar de ter o direito de acionar o ente juridicamente

responsável pelos danos causados, não conseguirá recuperar o seu tempo de vida gasto enquanto estava preso.

Por todo o exposto, dada a relevância do assunto, faz-se mister o estudo e desenvolvimento de novas formas de agilizar a prestação jurisdicional como, por exemplo, a criação de um sistema onde se verifique periodicamente a necessidade de utilização das medidas cautelares, assim como a criação de novos mecanismos compensatórios para aqueles que passem mais tempo presos preventivamente do que deveriam.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. **Oração aos Moços**. Edição comemorativa do centenário de nascimento do ilustre brasileiro, mandada publicar pela Reitoria da USP.

BATISTA NETO, Dilson Cavalcanti; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **A razoável duração do processo enquanto direito fundamental processual**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 7, no 506. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1974>> Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 13 jun. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 282.884**, da 5ª Turma, Relator: Ministra Regina Helena Costa. Data de julgamento: 5 de junho de 2014. Data da publicação: DJe 10 de junho de 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25116074/habeas-corporus-hc-282884-sp-2013-0385997-4-stj?ref=juris-tabs>> Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 91.982 CE**, da 5ª Turma, Relator: Ministra Jane Silva. Data de julgamento: 27 de novembro de 2007. Data da publicação: DJ 17 de dezembro de 2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19179747/habeas-corporus-hc-91982-ce-2007-0235934-8?ref=juris-tabs>> Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 91083 BA**, da 6ª Turma, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data de julgamento: 21 de fevereiro de 2008. Data da publicação: DJe 10 de março de 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8700536/habeas-corporus-hc-91083-ba-2007-0223383-0>> Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 96644 MS**, da 5ª Turma, Relator: Ministra Laurita Vaz. Data de julgamento: 22 de abril de 2008. Data da publicação: 12 de maio de 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/602501/habeas-corporus-hc-96644-ms-2007-0297048-5>> Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência n. 0354**. Período: 28 de abril a 9 de maio de 2008. Disponível em: <<http://jurisprudenciabrasil.blogspot.com.br/2008/12/informativo-stj-354-superior-tribunal.html>> Acesso em: 23 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência n. 0397**. Período: 1º a 5 de junho de 2009. Disponível em: <

<http://jurisprudenciabrasil.blogspot.com.br/2009/06/informativo-stj-397-superior-tribunal.html> > Acesso em: 23 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 104.346 SP**, da Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux. Data do julgamento: 7 de junho de 2001. Data da publicação: DJe 1 de agosto de 2011. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000152919&base=baseMonocraticas> > Acesso em 25 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 104346 SP**, da Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 7 de junho de 2011. Data da publicação: DJe 29 de julho de 2011. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626386/habeas-corpus-hc-104346-sp-stf> > Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 117.466 – SP**, da 5ª Turma, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Data de julgamento: 23 de março de 2010. Data da publicação: DJe 26 de abril de 2010. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9114306/habeas-corpus-hc-117466-sp-2008-0219289-4?ref=juris-tabs> > Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 92483 PE**, da Segunda Turma, Relator Ministros Eros Grau. Data de julgamento: 27 de novembro de 2007. Data da publicação: DJe 21 de fevereiro de 2008. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14724735/habeas-corpus-hc-92483-pe> > Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 95045 RJ**, da Segunda Turma, Relator: Ministra Ellen Gracie. Data do julgamento: 9 de setembro de 2008. Data da publicação: 25 de setembro de 2008. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2914634/habeas-corpus-hc-95045-rj> > Acesso em: 21 jul. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Habeas Corpus n. 15887033 PR**, da 5ª Câmara Criminal, Relator: Ruy Alves Henriques Filho. Data de julgamento: 1 de dezembro de 2016. Data da publicação: DJ 1943 16 de março de 2016. Disponível em: < https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/415988829/habeas-corpus-hc-15887033-pr-1588703-3-acordao?ref=topic_feed >

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Nova Prisão Cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. 3ª ed. rev., ampl. e atualiz. Salvador: Juspodivm, 2014.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão; Teoria do Garantismo Penal**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FONSECA, Cristina Tider. **A eficiência processual penal a partir da dicotomia prazo razoável e imprescritibilidade**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Cristina_Tider.pdf> Acesso em: 20 de junho de 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GOMES, Décio Alonso. **(Des) Aceleração Processual; abordagens sobre Dromologia na busca do Tempo Razoável no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
GOMES, Luís Flávio. Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

ISHIDA, Válder Kenji. **A Reforma Processual Penal de 2008 e a modernização da Administração Pública: Uma análise da sua eficácia após mais de três anos de alterações legais do Código de Processo Penal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21969/a-reforma-processual-penal-de-2008-e-a-modernizacao-da-administracao-publica>> Acesso em 17 jun. 2017.

KREMER, Gustavo. **A construção do prazo da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro: processo e estigmatização**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4399, 18 jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40820>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

LOPES JR, Aury. **O tempo como pena processual: em busca do direito de ser julgado em um prazo razoável**. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=458 > Acesso em 18 Jun. 2017.

LOPES JR. Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, 2ª ed., Forense.

MESSUTI, Ana. **O Tempo como Pena**. São Paulo, RT, 2003.

NICOLLIT, André. Manual de processo penal. 4ª ed. Campus, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Laudécia Moreira de. **Razoável Duração do Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,razoavel-duracao-do-processo-penal,25796.html>> Acesso em 23 jun. 2017.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RICO, José María. **Justicia Penal y transición democrática en América Latina**. Cidade do México: Siglo Veintiuno Editores, 1997.

SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, n. 10: 113 -119, 2003.

SANTOS, Vivian Cruz. **O princípio da razoável duração do processo**. Disponível em < colocar o link > Acesso em 18 jun. 2017.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 10ª Ed., Juspodivm, 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.