



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

MAYARA SOUSA MEDEIROS

**O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO
NO PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA:
MEDIDA CAUTELAR**

Brasília/DF
2017

MAYARA SOUSA MEDEIROS

**O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO
NO PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA:
MEDIDA CAUTELAR**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB) como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Gabriel Haddad Teixeira

Brasília/DF
2017

Agradeço aos meus pais, que me incentivaram a fazer o curso de Direito, sempre me deram todo apoio e que são minha inspiração.

Ao meu professor Orientador Gabriel Haddad
Teixeira, que desde o primeiro momento se
mostrou disponível para qualquer auxílio e
suporte, por toda ajuda e cooperação.

RESUMO

O Brasil faz partes de Tratados que trazem em seu texto a previsão do direito à duração razoável do processo, como a Declaração Americana dos Direitos Humanos, também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, sendo este direito incorporado a Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004. Esta garantia é inerente a todos os indivíduos, principalmente aos presos provisórios, que na maioria das vezes encontram violados os princípios da inocência e razoabilidade caso a medida cautelar seja mantida por mais tempo que o necessário. Percebe-se que o ordenamento jurídico pátrio estabelece limites temporais para todas as modalidades de prisões processuais, exceto para a prisão preventiva, medida que deverá ser aplicada apenas em *ultima ratio*. Mesmo com a reformulação das medidas cautelares elaborada em 2011, nada foi estipulado acerca da prisão preventiva, restando aos juízes o livre convencimento para interpretação do instituto aqui discutido. Diversos países já fixaram marcos temporais a fim de sanar esta problemática, e para que nenhum direito fundamental inerente ao indivíduo em questão seja interferido, para não se tornar demasiadamente prolongado. A solução é a previsão objetiva deste prazo de duração da prisão preventiva, para que se possa ter um judiciário mais eficiente e um processo mais célere, possibilitando assim, a estrita aplicação do objetivo da prisão preventiva, que é a de garantir a instrução criminal, e não, de servir como aplicação de uma pena antecipada.

Palavras-chave: medida cautelar; prisão preventiva; presunção de inocência; princípio da razoável duração do processo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 SISTEMA CAUTELAR BRASILEIRO.....	9
1.1 <i>Da prisão preventiva</i>	<i>10</i>
1.2 <i>Da razoabilidade na prisão preventiva</i>	<i>11</i>
1.3 <i>Teorias e jurisprudências acerca da razoabilidade da prisão preventiva.....</i>	<i>15</i>
1.3.1 <i>Teoria dos 81 dias.....</i>	<i>15</i>
1.3.2 <i>Teoria da implantação de critérios da razoabilidade</i>	<i>17</i>
1.3.3 <i>Teoria da analogia à Lei 9034/95.</i>	<i>18</i>
1.3.4 <i>Conclusões acerca das teorias apresentadas</i>	<i>21</i>
1.4 <i>Audiência de Custódia.....</i>	<i>23</i>
2 DA PENA.....	27
2.1 <i>Da história da pena</i>	<i>28</i>
2.2 <i>O panóptico de Jeremy Bentham.....</i>	<i>Erro! Indicador não definido.</i>
3 DIREITO COMPARADO	37
3.1 <i>Direito Português</i>	<i>39</i>
3.2 <i>Direito Italiano</i>	<i>42</i>
3.3 <i>Direito Espanhol.....</i>	<i>45</i>
3.4 <i>Análise e Interpretação de Tratados Internacionais que foram aplicados em casos que chegaram até o STF – Informativo 845 e 798.....</i>	<i>47</i>
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

A instituição da prisão preventiva como medida cautelar passou por diversas alterações ao longo do tempo, um ponto de grande relevância seria a necessidade da fixação de um prazo máximo nesta medida. A delimitação temporal é tida como fundamental em diversos países europeus, para assim, garantir a segurança jurídica e a celeridade processual, primados pela maioria dos países.

Criado sob a vigência da Constituição de 1967 pelo Decreto-lei 3.686, de 3 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal brasileiro foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Este diploma legal foi criado na época de Getúlio Vargas em meio a um governo autoritário, marcado pela centralização do poder, diante estas circunstâncias este código deve e vem sofrendo alterações ao longo do tempo para melhor se adequar ao sistema constitucional e para buscar um sistema penal acusatório.

Com isso, percebe-se que o Código de Processo Penal tem sua base em um sistema penal inquisitório, baseado em um texto constitucional autoritário (1967). Tem-se, portanto, a necessidade de interpretação do código usando o texto constitucional como parâmetro, assim como os Tratados Internacionais de Direitos Humanos¹, que possuem natureza material constitucional.

A Constituição assegura diversas garantias às prisões cautelares e aos presos, tendo eles a sua presunção de inocência como um direito fundamental, e que será utilizado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Portanto, antes deste fato não será, em hipótese alguma, o acusado considerado culpado, sendo assegurado à ele todas as garantias disponíveis aos indivíduos.

Outra garantia disponível presente no ordenamento jurídico brasileiro desde 1992, por meio da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, é o direito à razoável duração do processo. Este instituto foi ainda constitucionalizado por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, estando previsto no artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal,

¹ Devem ser respeitados e observados a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos de Nova Iorque.

isso se dá em consonância com a dignidade do acusado frente a sociedade que acaba fazendo um juízo de valor social.

Será discutida aqui a necessidade de delimitação temporal para uma prisão preventiva, não a necessidade de prisão cautelar. Existem casos em que é necessária a fixação desta medida, isto nunca foi dúvida, porém, deve ela ser aplicada apenas em último caso, quando não existirem outras medidas alternativas.

A Lei 12.403, de 4 de maio de 2011 alterou o Código de Processo Penal no tocante as prisões processuais, estabelece no seu artigo 282, parágrafo 6º, que a prisão preventiva só deve ser aplicada como *ultimo ratio*. Ficando mais claro ainda, esta previsão não se compatibiliza com dados oferecidos pelo CNJ, onde 44% da população carcerária do Brasil se encontram preso provisoriamente.

Mostra-se necessário a fixação deste prazo para prisão preventiva, para se respeitar as garantias constitucionais da presunção de inocência e da razoável duração do processo. A doutrina e jurisprudência em face à esta lacuna, utilizou alguns entendimentos, ao prazo de 81 dias para os processos que tramitavam no rito ordinário. Esta limitação foi superada em 2008, por meio da reforma do CPP com a Lei 11.719, que alterou uniformizando os prazos processuais, restando o prazo de 81 dias superado.

Muito se caminhou para não chegar a solução alguma, o entendimento aplicado hoje no Brasil se dá em face da *teoria do não prazo*, onde são analisados critérios subjetivos fixados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), tais como: complexidade do caso, comportamento do acusado e atuação dos órgãos do Estado. Diante a evolução legislativa, foi previsto no Projeto de Lei 4.208/2001 o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para duração da prisão preventiva, sendo uma tentativa frustrada, acabou vetado então o artigo 315-A, persistindo o problema da fixação de prazo na medida cautelar da prisão preventiva.

Para sanar essa omissão, está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei 156/2009, que busca a Reforma do Código de Processo Penal. Traz o texto uma Subseção reservada apenas para “Prazos máximos de duração” na Seção da Prisão Preventiva, indo dos artigos 558 até 561, ele mantém a previsão dos 180 (cento e oitenta) dias, podendo ser prorrogáveis, dentro outros quesitos a ser analisados.

Com tudo isso, a delimitação do tema está focada na prisão preventiva e em sua necessidade de fixação de prazo de duração, sendo ela a única hipótese de prisão

processual que não apresenta prazo máximo fixado no ordenamento jurídico pátrio. Busca-se mostrar a necessidade de respeito aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, como o devido processo legal, presunção de inocência e duração razoável do processo.

Será demonstrado a evolução jurisprudencial e doutrinária acerca das teorias já adotadas pelo país e trabalhado os principais conceitos da prisão preventiva. Por fim, será objeto de estudo uma análise de casos, sendo demonstrado como diversos países, signatários dos mesmos tratados internacionais que o Brasil, adotam em seus ordenamentos jurídicos o prazo máximo de duração da prisão preventiva.

Com todo o exposto, sempre baseado na Constituição Federal de 1988 e nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, e ainda acompanhando o cenário internacional que muito já evoluiu nessa seara legislativa, buscará ser demonstrado que é necessário a imposição de limites temporais neste instituto, uma vez que, é direito do acusado ter um processo sem demoras indevidas, respeitando sempre a presunção de inocência.

1 SISTEMA CAUTELAR BRASILEIRO

Vige em nosso ordenamento jurídico o Código de Processo Penal que entrou em vigor em 01 de janeiro de 1942, sendo bem anterior a nossa atual Constituição Federal de 1988, necessitava de alterações em relação a diversas previsões, é diante isto que surge a Lei 12.403/2011², que tem como principal objetivo buscar a diminuição dos presos provisórios e a adoção de medidas diferentes da prisão preventiva. As medidas cautelares vêm com isto ganhando bastante força, antes do advento desta lei, existia o denominado sistema bipolar cautelar, titulado assim por prever apenas a existência de duas medidas cautelares em relação ao acusado que havia sido preso em flagrante, podendo o juiz conceder a liberdade provisória ou decretar a prisão preventiva.

Esses institutos cautelares estão previstos no ordenamento jurídico com o objetivo de buscar a efetiva tutela do processo, a tutela do interesse econômico da vítima, e, também, o interesse do Estado³. Dentro desse sistema, temos medidas cautelares que podem incidir sobre a liberdade da pessoa – seriam as cautelares pessoais, e também as providências que incidirão sobre bens móveis e imóveis – aqui teremos cautelares patrimoniais ou reais.

Ocorre que, antigamente estes institutos não eram muito utilizados, sofrendo importantes alterações com o desenvolvimento da sociedade e com a ampliação do direito penal. Essas medidas se tornam cada vez mais presentes em nosso dia a dia, passando então, do estado de repouso para o profundo uso, sempre objetivando a efetiva prestação da tutela jurisdicional⁴.

Com a promulgação da Lei 12.403/11, a previsão de medidas cautelares passou por reformulações, existindo agora um rol taxativo presente no artigo 319 de Código de Processo Penal. Prevê onze medidas passíveis de serem adotadas pelo juiz, sendo que prisão preventiva passa a ser utilizada apenas como “*ultima ratio*”, ou seja, o último recurso a

² PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA CASA CIVIL SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF,

³ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. Editora Saraiva: 2013. p. 915.

⁴ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. Editora Saraiva: 2013. p. 915.

ser utilizado pelo Estado. Com tudo isso, temos o fim da bipolaridade do sistema cautelar brasileiro.

É importante salientar, que existem observâncias a serem feitas para a decretação destas medidas, o artigo 282, do CPP prevê que deverão ser respeitadas a real necessidade para aplicação da lei penal, se naquele caso é realmente necessário que haja incidência destes institutos, e também, a adequação da medida à gravidade do crime. Depreende-se que carecerá da aplicação do binômio necessidade-proporcionalidade, respectivamente, conforme preceitua o artigo mencionado⁵.

Neste trabalho abordaremos mais especificamente da prisão preventiva, porém, vale ressaltar que os requisitos do *periculum in libertatis* e do *fumus commissi delicti* deverão estar presente na decretação de quaisquer das medidas assecuratórias. Buscando sempre o êxito do processo como justificativa para a decretação de tais medidas.

1.1 Da prisão preventiva

O Supremo Tribunal Federal traz o seguinte conceito a respeito da prisão preventiva: “A prisão preventiva é um instrumento processual que pode ser utilizado pelo juiz durante um inquérito policial ou já na ação penal, devendo, em ambos os casos, estarem preenchidos os requisitos legais para sua decretação”⁶.

Prevista em nosso Código de Processo Penal nos artigos 311 a 316, é um instituto dotado de natureza cautelar, podendo ser decretada em qualquer fase do processo ou até mesmo antes de se iniciar a ação penal. Como dito anteriormente, se trata de uma prisão provisória que será aplicada excepcionalmente, somente em último caso, devendo sempre tentar aplicar qualquer outra medida cautelar diferente dela. Para ser decretada devem ser atendidos dois pressupostos de validade, são eles, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Não se confunde *fumus commissi delicti* com o *fumus boni iuris* do direito civil, aqui não tratamos da existência de um direito demandado, e sim na existência de indícios de autoria e materialidade que indiquem a ocorrência do delito demandado. Luiz Flavio Gomes e Ivan Luís Marques na obra *Prisão e Medidas cautelares*, afirmam que esses dois institutos do direito penal e direito civil, previstos no nosso ordenamento jurídico não

⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 1941.

⁶ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=441> (consulta realizada em 06 de setembro de 2016).

tem nada a ver um com o outro, sendo, portanto, distintos em relação a cada ramo do direito em que é atribuído⁷.

Vale lembrar, que este pressuposto deverá sempre estar acompanhado do *periculum libertatis*, sendo estritamente necessária a presença dos dois para a decretação de prisão preventiva. Sendo este o perigo de deixar o sujeito em liberdade, aqui deverão ser analisados diversos fatores presentes no artigo 312, do CPP, se refere à garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e para a aplicação da lei penal. Aury Lopes Junior traz em seus ensinamentos:

Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo⁸.

Portanto, não podemos falar em aplicação antecipada de pena neste momento, até porque a Constituição Federal veda qualquer estabelecimento de pena antes do trânsito em julgado de qualquer sentença condenatória, uma vez que, pelo princípio da presunção de inocência ninguém poderá ser considerado culpado até este momento processual. Sendo apenas um mecanismo de proteção para a instrução criminal e a ordem pública ou econômica.

1.2 Da razoabilidade na prisão preventiva

A Constituição Federal trouxe a previsão de diversos direitos fundamentais⁹, que são considerados inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, invioláveis e universais. Sarlet defende que esses direitos fundamentais são condição *sine qua non* do Estado Constitucional Democrático, constituindo também critério de legitimação do poder do Estado¹⁰.

O princípio da duração razoável do processo e o direito do acusado de ser posto em liberdade, foram positivados no Direito Internacional por intermédio do Pacto

⁷ GOMES, Luiz Flávio, MARQUES, Ivan Luís. (coord.). Prisão e Medidas cautelares. São Paulo: RT, 2011. p. 33.

⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 600.

⁹ Art. 5º, § 2º, CF/88 - 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.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 64-66.

Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, art. 9º, 3, 2ª parte¹¹, promulgado por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992; e, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – art. 7ª, 5, 2ª partes¹², promulgado por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Sendo ainda, incluído este princípio da razoável duração do processo em nossa Carta Magna, através da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que acrescentou o art. 5º, LXXVIII¹³. Recebendo aplicação imediata por força do artigo 5º, §, 1º da Constituição Federal/88¹⁴, conforme lição de Frederico Koehler:

O intérprete deve procurar imprimir sempre eficácia plena ao vetor constitucional, em obediência ao princípio da máxima efetividade em matéria de hermenêutica constitucional, e em virtude do previsto no ar. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, que ordena a “aplicação imediata” das normas que estabeleçam direitos e garantias individuais. (...)

Nesse sentido, afirma-se que a realização dos direitos fundamentais deve ser a mais ampla possível, sendo esta uma tarefa básica do Estado democrático, da qual decorre sua própria legitimidade. Mesmo diante de condições adversas, como a falta de recursos financeiros para consagrar determinados direitos sociais, ou a colisão entre direitos fundamentais, o jurista não pode deixar de trabalhar sempre na perspectiva de concretizar os direitos fundamentais o mais amplamente possível.¹⁵

Este princípio da razoável duração do processo, também chamado de celeridade processual, inserido no artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal, tem como finalidade garantir as partes presentes na relação processual, uma solução efetiva em um prazo não absurdamente longo, devendo sempre buscar a maior presteza, qualidade e eficiência na prestação jurisdicional do Estado, tanto no âmbito administrativo, quanto no judicial. Pode-se dizer que quando o Estado não soluciona um processo judicial dentro do que

¹¹ Artigo 9.3, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque - Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

¹² 7.5 Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

¹³ Art. 5º, LXXVIII, CF/88 - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹⁴ § Art. 5º, § 1º, CF/88 - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹⁵ KOEHLER Frederico Augusto Leopoldino. A razoável duração do processo. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 52-53.

seria este prazo razoável, ele estaria tomando para si o tempo do particular envolvido naquela situação, de forma dolorosa e irreversível¹⁶.

Portanto, a finalidade deste princípio se dá em função da busca de um ponto equilibrado entre o direito assegurado ao indivíduo de ampla defesa e o poder de acusar do Estado, através da busca pela efetiva tutela jurisdicional¹⁷. Para Scarance, a fixação de prazo se trata de:

é uma distância temporal entre dois marcos: um assinala o seu início (dies a quo) e o outro representa o seu encerramento (dies ad quem). Em princípio, todo ato deve ser efetuado dentro do prazo fixado pela lei.

Quando faltar tal previsão, ele será realizado de acordo com o prazo assentado por norma genérica¹⁸.

É possível notar em algumas posições de juristas renomados, a afirmação de que este princípio da duração razoável do processo já estava presente na Constituição Federal desde que ela foi promulgada, em 5 de outubro de 1988, como garantia implícita. Estando presente no princípio do devido processo legal, ou ainda no princípio da eficiência que é aplicável a Administração pública, neste entendimento podemos citar algumas palavras de Moraes:

A EC nº 45/04 (Reforma do Judiciário) assegurou a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Essas previsões – razoável duração do processo e celeridade processual -, em nosso entender, já estavam contempladas no texto constitucional, seja na consagração do devido processo legal, seja na previsão do princípio da eficiência aplicável à Administração Pública (Constituição Federal, art. 37, caput)¹⁹.

Em relação a este princípio devemos reconhecer também que o lapso temporal indevido, quando tivermos réu solto, uma vez que, existir um processo penal em curso fere a honra e angústia de qualquer pessoa²⁰. Portanto, pode-se dizer que a instauração e desenvolvimento de uma ação penal já configuraria em si uma espécie de pena.

Por se tratar de uma previsão constitucional, norteadora, não foi estabelecido ainda qual seria este prazo para que a duração do processo fosse razoável, e, a falta de previsão legal para o estabelecimento da duração do processo com réu preso, fez com

¹⁶ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. Editora Saraiva: 2013. p. 189.

¹⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 323.

¹⁸ SCARANCE FERNANDES, Antonio. Processo penal constitucional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 123.

¹⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2005. p. 94.

²⁰ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. Editora Saraiva: 2013. p. 190.

que fossem criadas posições doutrinárias e jurisprudências antagônicas. Ficando, portanto, estritamente adstrito ao juiz o papel, de estabelecer e julgar o processo em um prazo razoável²¹.

Vale ressaltar, que existem consequências negativas para o processo que se prolonga excessivamente no tempo. Pode o acusado ver sua reputação afetada, pois um processo movido contra ele gera consequências jurídicas e sociais, podendo acarretar até em medidas cautelares de natureza pessoal; pode a instrução do processo ser prejudicada, em virtude da perda de provas durante o decurso de tempo (preponderantemente em caso de prova testemunhal); e ainda, a busca pela solução de conflitos e a efetiva tutela jurisdicional, para atendimento do interesse coletivo, pode restar-se prejudicadas, em virtude da falta de resposta do Poder Judiciário, que gera a convicção de impotência do Estado²².

A previsão deste instituto em instrumentos internacionais configura um grande avanço na luta contra as violações aos direitos humanos, porém, o conceito daquilo que é razoável é muito subjetivo. Neste sentido, afirma Aduz Bártoli que em relação à razoabilidade temos um campo dotado de subjetividade, que deverá ser interpretado e aplicado especificamente pelo entendimento de cada aplicador da lei nos diferentes casos concretos a serem analisados, levando em consideração a “complexidade do processo, conduta das partes, consequências da demora e o prejuízo ao *jus libertatis* do réu”²³.

A Convenção Americana faz uma distinção do que seria a duração razoável do processo: estando de um lado o direito de todos a serem julgados em um prazo razoável; e do outro lado, o direito do acusado preso provisoriamente a ser julgado de maneira célere, onde caso haja o prolongamento excessivo desta medida, que seja colocado em liberdade o mais rápido possível²⁴. Ao contrário desta diferenciação exposta, a Constituição do Brasil, não faz esta mesma distinção.

Entende-se, portanto, estritamente necessário a determinação de prazo à prisão provisória. Já dizia Delmanto Júnior:

E, como já afirmado, o maior valor em que se embasa o nosso processo penal é, precisamente, o da delimitação do poder estatal diante dos direitos

²¹ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. Editora Saraiva: 2013. p. 199.

²² LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010. v. 1, p. 149.

²³ BÁRTOLI, Márcio Orlando. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. vol. 3, p. 187.

²⁴ Conforme Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – art. 7^a, 5, 2^a partes - promulgado por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

individuais, mesmo que isso implique em soltura por excesso de prazo do acusado preso cautelarmente, uma vez que o respeito às garantias constitucionais, como a liberdade, se situa em patamar superior ao próprio interesse estatal em punir o culpado da prática do crime²⁵.

Trata-se de um direito louvável, garantido pela iniciativa do constituinte derivado ao fixar expressamente na Constituição Federal, é uma norma que estabelece diretrizes, ou seja, ela apenas estabelece os caminhos para o atendimento da vontade do legislador constituinte. Em face da carência da atuação do legislador ordinário, esta norma acaba por ser inócua²⁶, pois não há o estabelecimento do que seria a ser razoável em relação ao prazo de duração do processo, afligindo principalmente os que se encontram presos²⁷.

Não pode o processo se transformar em uma pena antecipada, uma vez que, todos os réus são presumidos inocentes até o trânsito em julgado de sentença condenatória²⁸. Após a explanação da real necessidade da fixação de prazo no que seria a razoabilidade do processo, passemos a explicar quais seriam os entendimentos acerca deste assunto.

1.3 Teorias e jurisprudências acerca da razoabilidade da prisão preventiva

A partir destas posições antagônicas foram criadas em nosso ordenamento jurídico teorias com o objetivo de resolver esta problemática, podemos citar as 3 principais: a teoria dos 81 (oitenta e um) dias; a teoria que defende a implantação de critérios da razoabilidade; e, a teoria que defende a aplicação da analogia à Lei 9034/95.

1.3.1 Teoria dos 81 dias

A teoria do prazo de 81 dias teve sua origem a partir de uma tentativa de sistematizar os atos praticados durante a instrução criminal, levando como base o procedimento ordinário previsto nos artigos 394 a 405 do Código de Processo Penal, esta solução encontrada pela jurisprudência tinha o objetivo de afastar o entendimento doutrinário da necessidade de análise individual de cada caso. Era apenas admitida a prorrogação deste prazo apenas em casos restritos e excepcionais para a finalização de soluções de casos complexos, devendo estar devidamente fundamentada no artigo 312 do CPP, conforme se extrai de julgado do STF:

²⁵ JUNIOR, Roberto Delmanto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. Rio de Janeiro, São Paulo: RENOVAR, 2001. p. 316.

²⁶ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 43.

²⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 432.

²⁸ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. Editora Saraiva: 2013. p. 191.

“Em princípio, desde que devidamente fundamentada e atendido o parâmetro da razoabilidade, admite-se a excepcional prorrogação de mais de 81 dias para o término de instruções criminais de caráter complexo”²⁹.

Para se chegar a este prazo, somavam-se os prazos processuais previstos do seguinte modo: Inquérito: 10 dias (art. 10 do CPP); denúncia: 5 dias (art. 46 do CPP); defesa prévia: 3 dias (art. 395 do CPP); inquirição de testemunhas: 20 dias (art. 401 do CPP); requerimento de diligências: 2 dias (art. 499 do CPP); para despacho do requerimento: 10 dias (art. 499 do CPP); alegações das partes: 6 dias (art. 500 do CPP); diligências *ex officio*: 5 dias (art. 502 do CPP); sentença: 20 dias (art. 800 do CPP); total: 81 dias.

Porém não foi muito bem recepcionada, uma vez que, a quantidade de crimes complexos crescia cada vez mais em nossa sociedade, dificultando muitas vezes a aplicação desta teoria nos casos concretos, uma vez que a instrução deve ser feita da maneira mais completa possível para que não haja nenhum fato que possa vir a invalidá-la, objetivando sempre o alcance da verdade real. Sendo uma teoria cuja sua aplicação era posição pacífica no STF, ela foi superada com a reforma do Código de Processo Penal de 2008, que alterou os prazos procedimentais, impossibilitando, portanto, a aplicação da teoria dos “81 dias”³⁰.

Conforme se extrai do HC julgado em 09 de maio de 2000 pelo STF antes da referida reforma:

“O prazo para encerramento da instrução criminal conta-se separadamente. Precedentes. A demora na formação da culpa, excedendo os 81 dias, sem motivo dado pela defesa, caracteriza constrangimento ilegal. Habeas deferido”³¹.

Diante esta teoria, entende-se pela sua atual inaplicabilidade, em virtude de alterações no texto legislativo, o que acarretou na alteração dos prazos processuais que somados condicionavam pela aplicação da regra dos 81 (oitenta e um) dias, cujo qual era fixador do limite da prisão cautelar preventiva.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do HC nº 89.525-GO. Relator: Ministro Gilmar Mendes, DJ de 09.03.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409322>> Acesso em: 11.10.2016.

³⁰ Trouxe a Lei 11.719/08 diversas alterações, dentre elas podemos citar a mudança no prazo para apresentação de resposta escrita por parte do acusado que passa a ser de 10 (dez) dias, artigo 396 do CPP, e, a regra estabelecida no art. 400, caput, do novo CPP, referente ao procedimento ordinário, a qual informa que a audiência de instrução e julgamento será realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do HC nº 78.978-PI. Relator: Ministro Nelson Jobim, DJ de 13.10.2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77976>> Acesso em: 11.10.2016.

1.3.2 Teoria da implantação de critérios da razoabilidade

A teoria do estabelecimento de critérios de razoabilidade para definir o tempo de duração do processo, já vem sendo aplicada pelos Tribunais de Justiça³², tanto na fundamentação de concessão como também na denegação de *Habeas Corpus*. O Superior Tribunal de Justiça, para que pacificasse o assunto editou as súmulas 21³³, 52³⁴ e 64³⁵. Tem-se, portanto, a necessidade, de se estabelecer o que seria constrangimento ilegal e o que é complexidade do processo, Moraes afirma:

A EC n. 45/04, porém, trouxe poucos mecanismos processuais que possibilitem maior celeridade na tramitação dos processos e redução na morosidade da Justiça Brasileira. O sistema processual judiciário necessita de alterações infraconstitucionais, que privilegiem a solução dos conflitos, a distribuição de Justiça e maior segurança jurídica, afastando-se tecnicismos exagerados³⁶.

O não estabelecimento de um prazo e de critérios para essa razoabilidade dá ensejo a diferentes interpretações, o STF em diversos julgados utiliza-se de critérios da razoabilidade. Estabelecem os julgadores critérios já mencionados anteriormente: complexidade do caso, atividade processual do interessado e conduta das autoridades judiciárias. Quanto à complexidade da causa, podemos citar trecho do HC 128650:

“Em relação ao suposto excesso de prazo, é entendimento da Corte que o lapso temporal transcorrido desde a prisão preventiva, por si só, não induz à conclusão de que esteja ocorrendo o excesso, mormente se levada em conta a complexidade do processo, consubstanciada, na espécie, na pluralidade de réus (15 acusados) e a necessidade de expedição de cartas precatórias para Itamaracá/PE e Petrolina/PE para oitiva de 2 (dois) dos acusados³⁷.”

³² BRASIL. Tribunal de Justiça do MS. Acórdão do HC nº 14071675420158120000 MS 1407167-54.2015.8.12.0000. Relator: Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, DJ de 04.08.2015. Disponível em: <http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/217187856/habeas-corpus-hc-14071675420158120000-ms-1407167-5420158120000>> Acesso em 01.11.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do HC nº 101443-CE. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 31.01.2012. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21273299/habeas-corpus-hc-101443-ce-stf>> Acesso em 01.11.2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RJ. Acórdão do SER nº 00303611320128190054 RJ 0030361-13.2012.8.19.0054. Relator Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto, DJ de 26.08.2015. Disponível em <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/228532359/recurso-em-sentido-estrito-rse-303611320128190054-rj-0030361-1320128190054>> Acesso em 01.11.2016.

³³ Súmula 21: Pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.

³⁴ Súmula 52: encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

³⁵ Súmula 64: Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução provocado pela defesa.

³⁶ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2005. p. 754.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do HC nº 12.8650-PE. Relator: Mininistro Dias Tofoli, DJ de 04.10.2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11785888>> Acesso em: 11.10.2016.

O critério da gravidade do delito se confunde com o critério da complexidade da causa, por haver bastante semelhança entre os dois institutos. A conduta das partes também está presente no posicionamento dos Ministros do STF, uma vez que, podem eles destruir provas, intimidar vítimas. Em julgamento proferido em 2008, foi denegado HC com fundamento neste critério, conforme se observa “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”³⁸.

Pode-se dizer que estes requisitos trazidos pelo STF e que são seguidos pelos demais órgãos do Poder Judiciário, uma vez que é de extrema importância a jurisprudência trazida pela maior instância do poder judiciário, são alinhados com os demais entendimentos internacionais. Devendo ser levados em extrema consideração quando nos depararmos com a não fixação do prazo desta razoabilidade, em relação a limitação do tempo da prisão preventiva no processo penal.

1.3.3 *Teoria da analogia à Lei 9034/95.*

Existe também a teoria da aplicação analógica da Lei 9.034/95. Essa posição se justifica no fato de que nesta lei está presente a única previsão de fixação de um prazo final para a instrução criminal, estipulado em seu artigo 8º: “O prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto”³⁹.

Analisando um julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de 13 de agosto de 2015, temos a presença deste prazo como fundamento para revogação de prisão preventiva:

Habeas Corpus – Tentativa de homicídio duplamente qualificado praticado em sede de violência doméstica – Ausência de elementos indicativos quanto à dinâmica e principalmente motivação do ocorrido – Designação de audiência para data muito além dos 81 dias previstos para término da instrução em ações penais referentes a réu preso – Agente que não ostenta antecedentes criminais – Preservação da ordem pública e econômica, instrução criminal e aplicação da lei penal minimamente asseguradas com concessão de liberdade acompanhada de medidas cautelares previstas no art. 319 CPP e medidas protetivas de urgência previstas no art. 22 da Lei n.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do HC nº 92.719-ES. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 18.09.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=548611>> Acesso em: 11.10.2016.

³⁹ BRASIL. Lei 9.304, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 11.10.2016.

11.343/06 Conquanto não se perca de vista a gravidade inerente à imputação de tentativa de homicídio duplamente qualificado contra enteada, fato é que não se justifica a manutenção da custódia preventiva do acusado por prazo superior aos 81 dias fixados pela Jurisprudência, se não há corréus, pluralidade de Defensores, ou oitiva de testemunhas por precatória. Em processo concernente a réu preso no qual haja tal conjuntura, é evidentemente insustentável a designação de audiência una para data distante praticamente seis meses da prisão do acusado. Destaque-se que, em se cuidando de crime praticado em sede de violência doméstica no qual não se apuraram suficientemente elementos indicativos quanto à dinâmica e, principalmente, à motivação do ocorrido, cumpre ao Magistrado sempre cotejar com maior cautela as versões ofertadas. Aludida falta de maiores elementos, associada aos bons antecedentes do imputado não permite a manutenção da restrição cautelar de sua liberdade, em excesso de prazo virtual, aferível pela designação de audiência una para data muito além do prazo limite para término de instrução de ação penal referente a réu preso. A somatória de todas essas circunstâncias enseja, pois, a revogação da prisão preventiva, devendo a preservação da ordem pública, a instrução criminal e a aplicação da lei penal minimamente ser asseguradas com imposição de medidas cautelares previstas no art. 319 CPP e medidas protetivas de urgência previstas no art. 22 da Lei n. 11.343/06⁴⁰.

Podemos apontar também trecho de um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que decidiu favoravelmente à observância do limite máximo de 120 dias previsto na referida lei em relação a prisão provisória:

EMENTA: PRISÃO PROVISÓRIA. PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DO PROCESSO. PREVISÃO EM LEI ESPECIAL QUE DEVE SER APLICADA A TODOS OS CASOS. O art. 8º da Lei 9.034/95, ao estabelecer o prazo de cento e vinte dias para o encerramento dos processos, fixou o tempo máximo de prisão provisória para todas as hipóteses (art. 648, II, CPP). Ou seja, o prazo de oitenta e um dias continua sendo um marco, para se avaliar eventual constrangimento ilegal. E o cento e vinte dias passam a ser o limite máximo, quando não mais se admitirá qualquer excesso, ficando o Juiz impedido de justificar o atraso, ainda que em razão de situações especiais. A situação em julgamento se enquadra na hipótese, uma vez que o paciente está detido a mais de oito meses, ultrapassando, inclusive, o prazo mais dilatado admitido, ou seja, de cento e oitenta dias. Ademais, o atraso na conclusão do procedimento com relação ao paciente se deve à erronia do juizado. DECISÃO: Habeas-corpus concedido. Unânime⁴¹.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão do HC nº 21360723820158260000 SP 2136072-38.2015.8.26.0000, Relator: Desembargador Grassi Neto. Disponível em <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/221598249/habeas-corpus-hc-21360723820158260000-sp-2136072-3820158260000>>. Acesso em 01.11.2016.

⁴¹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão do HC nº 70015566607, Sétima Câmara Criminal, Relator: Desembargador Sylvio Baptista Neto, Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70015566607%26num_processo%3D70015566607%26codEmenta%3D1482040+HC+n%C2%BA+70015566607++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF->

Esta lei foi revogada pela Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013, que trouxe em seu artigo 22, a previsão legal que “a instrução criminal deverá ser encerrada em um prazo razoável, o que não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias”⁴². Portanto, agora tanto para réu preso, como para réu solto, o prazo para a instrução criminal passa a ser de 120 dias⁴³.

Eles adotam esta tese da analogia, apresentando como justificativa o fato de que esta lei tem o objetivo de reprimir o crime organizado, que é cometido por criminosos especializados, que são na maioria das vezes crimes de difícil esclarecimento e possuem o prazo de 81 dias para instrução criminal, porque os criminosos comuns, que respondem por crimes teoricamente mais simples possuem tratamento mais severo. Portanto, pela ausência de norma específica, eles consideram que esta lei deve ser aplicada a todos os demais delitos previstos no ordenamento jurídico⁴⁴.

Vale ressaltar, que esta corrente majoritária diz que a verificação deste prazo presente no artigo 8º da Lei 9.034/95 é um referencial para a identificação do acontecimento do excesso de prazo, não acontecendo necessariamente constrangimento ilegal, o que vai depender do caso concreto, devendo ser analisadas as Súmulas do STJ citadas anteriormente. Neste sentido, Fernandes se posiciona:

Com isso tudo, o período de oitenta e um dias permaneceu somente um marco para a verificação do excesso. A sua superação não traduzia necessariamente constrangimento ilegal, o qual deveria ser verificado em cada processo, só sendo declarado quando o atraso não fosse razoável.⁴⁵

8&numProcesso=70015566607&comarca=Comarca%20de%20Vacaria&dtJulg=29/06/2006&relator=Sylvio%20Baptista%20Neto&aba=juris> Acesso em 03.11.2016.

⁴² BRASIL. Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm#art26>. Acesso em: 12.10.2016.

⁴³ HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA – RECONHECIMENTO DA TRANSNACIONALIDADE – INSTAURAÇÃO DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA NO STJ – PACIENTE SEGREGADO CAUTELARMENTE HÁ MAIS DE 120 DIAS – JURISDIÇÃO PARALISADA SEM OFERECIMENTO DA DENÚNCIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – EXCESSO DE PRAZO – ORDEM CONCEDIDA – APLICAÇÃO DO ART. 580, DO CPP. Evidenciado o excesso de prazo no caso concreto, uma vez que o paciente e o corréu estão segregados há mais de 120 (cento e vinte dias) sem oferecimento da denúncia, uma vez que o feito encontra-se paralisado ante a existência de Conflito Negativo de Competência, sem previsão de julgamento. (TJ-MS - HC: 14128836220158120000 MS 1412883-62.2015.8.12.0000, Relator: Des. Manoel Mendes Carli, Data de Julgamento: 24/11/2015, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 03/12/2015)

⁴⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. Novo prazo máximo de prisão cautelar: 180 dias. São Paulo: Boletim IBCCRIM. n.32, p. 03, ago. 1995.

⁴⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 381.

Portanto, caso se verifique a presença de alguma situação prevista nas Súmulas nº 21, 52 e 64, não estaria presente o constrangimento ilegal, o que pode levar à manutenção da medida cautelar adotada de prisão. Vale ressaltar que, o Código de Processo Penal em seu artigo 3º prevê que: “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”, portanto, podemos dizer que a aplicação desta teoria não é vedada, sendo ela um benefício ao réu, fazendo valer os princípios constitucionais e direitos fundamentais⁴⁶.

1.3.4 Conclusões acerca das teorias apresentadas

Com a explanação das teorias que já foram trabalhadas no nosso sistema, podemos trazer que a Corte Americana de Direitos Humanos adota, a tese do “não-prazo”, não sendo possível fixar o tempo do processo de forma abstrata, nem ser contabilizado, em dias, meses ou semanas. Devendo, portanto, ser analisado cada caso de forma específica, observando então 3 critérios: complexidade do caso; atitude processual do interessado; e, conduta das autoridades⁴⁷.

Diante dessas teorias e circunstâncias, fica claro que o legislador por não estabelecer qual seria realmente esta razoabilidade, deu grande poder aos magistrados, ficando a critério de cada juiz dar o devido andamento ao processo, de acordo com sua convicção. Ocorre, portanto, a ampliação da discricionariedade do magistrado na determinação deste critério, Daniel R. Pastor faz importante indagação a ser levantada: “se nem os limites da pena ficam ao arbítrio do juiz, por que o limite temporal do processo deve ficar?”⁴⁸.

Defende ainda, a necessidade de se estabelecer qual seria efetivamente este prazo razoável:

a primeira conclusão que se pode tirar dogmaticamente o direito de qualquer acusado para ser julgado rapidamente é a necesidad que os sistemas jurídicos secundários (regulamentação dos direitos fundamentais) Estabelecer, com presicion prazo máximo de Processo penal e as conseqüências legais resultam da violação. Em apenas se não houver essa

⁴⁶ No Direito Penal a analogia é aplicada apenas nos casos em que se pode favorecer o réu, ou seja, in bonam partem, neste caso faz com que prevaleça em especial o importante princípio da presunção de inocência.

⁴⁷ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. Editora Saraiva: 2013. p. 205.

⁴⁸ PASTOR, Daniel R. El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho: Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: AD-HOC, 2002. p. 60.

regulamentação, a fim de que a omissão de uma regra secundária não impede a eficácia desse direito⁴⁹.

É necessário que haja um equilíbrio, que de acordo com os ensinamentos de Aury Lopes Júnior, devem ser verificados três aspectos: cada país deve fixar o seu prazo máximo de prisão cautelar e duração do processo, devendo seguir um norte apontado pelas Cortes Internacionais (devem elas abandonar o não-prazo); agilização do processo, e não suprimir atos para que atropelas as garantias; e, reconhecimento de que a dilação indevida produz a extinção do feito, pela legalidade estar inerente à duração razoável do processo⁵⁰.

O autor José Rogério Cruz e Tucci, traz ainda a ideia de que essa dilação temporal que ocorre no andamento da tutela jurisdicional fere a efetividade do processo penal, o que vem em desacordo com o princípio do devido processo legal. Acarretando, portanto no ferimento da segurança jurídica do processo⁵¹.

Em julgamento no Superior Tribunal de Justiça, relativo à um *Habeas Corpus*, o Ministro Fernando Gonçalves afirma: “a gravidade do crime em apuração, isoladamente, não leva a lugar algum no que respeita aos prazos”⁵².

É possível aferir que a maioria dos países do mundo reconhecem o direito a um julgamento em prazo razoável ou de ser posto em liberdade, conforme afirma Roberto Delmanto Junior:

O direito a ser julgado em prazo razoável ou ser posto em liberdade é, outrossim, reconhecido por praticamente todas as nações civilizadas, tanto em países que adotam o sistema romano-germânico como nos países do sistema anglo-saxão, com farta jurisprudência a respeito na Corte Européia sobre Direitos Humanos, através do qual é examinado se a demora no julgamento, principalmente encontrando-se o acusado preso provisoriamente, se deu de maneira justificada ou não, ou seja, se o Estado está realmente fazendo todo o empenho para impor o ritmo mais rápido

⁴⁹ la primera conclusión que se puede extraer dogmáticamente del derecho de todo imputado a ser juzgado con celeridad es la necesidad de que los ordenamientos jurídicos secundarios (reglamentarios de los derechos fundamentales) establezcan con precisión el plazo máximo de duración del proceso penal y las consecuencias jurídicas que resultarán de su incumplimiento. Sólo en caso de ausencia de esa regulación con el fin de que la omisión de una norma secundaria no obstaculice la efectividad de ese derecho.

PASTOR, Daniel R. *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho: Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: AD-HOC, 2002. p. 349

⁵⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 128 – 129.

⁵¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1998. p. 12.

⁵² 6ª Turma, Habeas Corpus nº 9.870-SP, j. 28.09.99, vu, DJU 18.10.99.

possível ao julgamento, ou, em outras palavras, se está atuando de forma diligente.⁵³

Países como Portugal, Itália e Espanha, foram além, já estipularam nas suas próprias constituições, previsões para que, a lei ordinária estipule o prazo para a prisão provisória, ou seja, limites são estabelecidos para que haja um correto julgamento de uma pessoa que até então é considerada inocente⁵⁴.

1.4 Audiência de Custódia

A Audiência de Custódia tem sua origem no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁵⁵ e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos⁵⁶, tratados em que o Brasil é signatário. Vale lembrar, que este último foi assinado em 1992, só que este instituto só foi trazido para a nossa realidade, recentemente, com movimentação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para colocar a audiência de custódia em efetiva prática⁵⁷.

Tramita também, um Projeto de Lei do Senado Federal nº 554/2011 que trata da regulamentação da Audiência de Custódia, que tem como ementa “Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. ”. A situação atual do PL é em tramitação, e visa determinar que o preso deve ser conduzido ao juiz competente, com o auto de prisão em

⁵³ JUNIOR, Roberto Delmanto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. Rio de Janeiro, São Paulo: RENOVAR, 2001. p. 301

⁵⁴ JUNIOR, Roberto Delmanto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. São Paulo/ Rio de Janeiro: RENOVAR, 2001. p. 301.

⁵⁵ Promulgado pelo Decreto nº 592/92. Traz em seu artigo 9.3 o seguinte texto: Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

⁵⁶ Mais conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, promulgada pelo Decreto nº 678/92. Traz em seu artigo 7.5 a seguinte previsão: “Toda pessoa presa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em um prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

⁵⁷ Foi regulamentada em 2015 durante a 223ª Sessão Ordinária – aprovada por unanimidade. <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia>> acesso em 12.10.2016

flagrante, acompanhado das oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública⁵⁸.

Antes da regulamentação, em fevereiro de 2015, foi dado o primeiro passo para aplicação desta medida, o CNJ em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, lançaram o projeto Audiência de Custódia, por meio do Provimento Conjunto nº 03/2015. Tendo sido anunciado ainda pelo Presidente do CNJ Ministro Ricardo Lewandowski, a intenção de o projeto ser levado para outras capitais do país.

O CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), juntamente assinaram Termo de Cooperação Técnica nº 007/2015⁵⁹, em 09 de abril de 2015, que tem como objetivo incentivar a adesão da audiência de custódia pelos Estados, a utilização de medidas diferentes à prisão (alternativas) e a utilização de tornozeleiras eletrônicas para ter monitoração. A utilização dessas medidas alternativas, para a supressão da prisão, tem o objetivo de acabar com a cultura de aprisionamento criada⁶⁰.

A este Termo de Cooperação Técnica (TCOT 007/2015), constatamos a presença de 26 Unidades da Federação que aderiram tanto em sua esfera Executiva, quanto na Judicial (Tribunais de Justiça). São eles: AC; AL; AP; AM; BA; CE; DF; ES; GO; MA; MG; MS; MT; PA; PB; PE; PI; PR; RJ; RN; RO; RR; RS; SC; SE; e, TO. Todas as Unidades da Federação já implantaram este projeto, atingindo o objetivo do Min. Lewandowski, sendo o Distrito Federal o último a aderir, em 14 de outubro de 2015⁶¹.

Foi editada em 15 de dezembro de 2015 a Resolução nº 213 CNJ, que possui a seguinte ementa: “Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade

⁵⁸ Situação Atual: em tramitação. Último local: 08/09/2016 - Secretaria Legislativa do Senado Federal Último estado: 08/09/2016 - INCLUÍDA EM ORDEM DO DIA. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>> Acesso em 12.10.2016.

⁵⁹ Cláusula Primeira: a cooperação entre os partícipes buscada neste instrumento volta-se à conjugação de esforços, visando à efetiva implantação do “Projeto Audiência de Custódia”, de modo a fomentar e viabilizar a operacionalização da apresentação pessoal de autuados(as) presos(as) em flagrante delito à autoridade judiciária, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após sua prisão, contando com o apoio efetivo funcionamento de Centrais Integradas de Alternativas Penais, Centrais de Monitoração Eletrônica e serviços correlatos com enfoque restaurativo e social, aptos, em suma, a oferecer opções concretas e factíveis ao encarceramento provisório de pessoas.

⁶⁰ Conforme notícia dada pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/76898-presos-provisorios-comecam-a-usar-tornozeleiras-eletronicas>> Acesso em 03.11.2016,

⁶¹ Conforme Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>> acesso em 12.10.2016.

judicial no prazo de 24 horas.” Tendo o objetivo único e exclusivo de se analisar as condições da prisão em flagrante e a real necessidade da conversão em preventiva⁶².

Relatórios da Anistia Internacional como Estado dos Direitos Humanos no Mundo, revelam que no Brasil “graves violações de direitos humanos continuaram sendo denunciadas, como homicídios cometidos pela polícia, tortura e maus-tratos de pessoas presas”⁶³.

Na audiência de custódia, o que deve ser analisado precipuamente é a legalidade da prisão em um tempo curto, tendo também a garantia do contato pessoal e de defesa do até então suposto acusado. É estabelecido o prazo de 24 horas para apresentação do preso ao juiz de custódia, podendo ele avaliar a necessidade da prisão, se pode ser arbitrado fiança, se cabe outra medida qualquer de caráter educativo, ou também a desnecessária manutenção da prisão do indivíduo⁶⁴.

O responsável por lavrar o auto de prisão em flagrante é o Delegado, sendo o juiz competente responsável pelo controle, deverão estar presentes na audiência um Promotor de Justiça e um Defensor Público para que se pronunciem a respeito do caso. Decidindo por fim, o magistrado, a respeito da necessidade da prisão preventiva. Em pesquisa feita em dezembro de 2014, pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), aponta que temos 40% dos presos do país presos provisoriamente, o que representa cerca de 250 mil pessoas⁶⁵, sendo elas acusados que nem passaram sequer pelo julgamento em 1ª instância na justiça brasileira.

O CNJ em notícia publicada no dia 28 de junho de 2016⁶⁶, informou que essas audiências já evitaram que mais de 45 mil pessoas fossem presas, casos esses em que o nosso próprio ordenamento jurídico não exigia a necessidade do cárcere. Traz ainda alguns dados que os Tribunais de Justiça mostram que: “entre as 93,4 mil audiências de custódia realizadas, 47,46% resultaram em liberdade, com ou sem a imposição de medidas cautelares.

⁶² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>> acesso em 12.10.2016.

⁶³ ANISTIA INTERNACIONAL. Estado dos Direitos Humanos no Mundo. Disponível em: https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Informe2016_Final_Web-1.pdf. Acesso em 16 de agosto de 2016.

⁶⁴ Conforme artigo 8º, § 1º, da Resolução CNJ nº 213/2015. <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>> acesso em 12.10.2016.

⁶⁵ Pesquisa trazida pelo site Consultor Jurídico em 26 de abril de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-26/40-presos-brasileiros-sao-provisorios-aponta-levantamento>> acesso em 12.10.2016.

⁶⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Notícias. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82713-audiencias-de-custodia-ja-evitaram-45-mil-prisoas-desnecessarias-2>. Acesso em 16 de agosto de 2016

Já a taxa de conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva ficou em 52,54% (50 mil casos)”⁶⁷.

Portanto, a Audiência de Custódia tem um grande papel social em nossa sociedade, se trata de um mecanismo para analisar falhas. Essa medida tem como finalidade evitar prisões ilegais, que foram consumadas de forma arbitrária ou até mesmo desnecessárias, desafogando também o sistema carcerário do nosso país, que hoje se encontra completamente superlotado e com condições extremamente precárias.

⁶⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Notícias. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82713-audiencias-de-custodia-ja-evitaram-45-mil-prisoas-desnecessarias-2>. Acesso em 16 de agosto de 2016

2 DA PENA

Sabe-se que cada indivíduo possui sua forma de pensar, mas que mesmo apesar das divergências sempre buscaram viver em grupos, disto podemos concluir que o desenvolvimento dos mecanismos de controle foi necessário de acordo com a criação e expansão de cada sociedade. Felipe Caldeira, diz que:

O estudo da história do homem demonstra que estas formas de controle jamais possuíram um equilíbrio, o que enseja uma série de consequências, principalmente a decadência da sociedade. Na Idade antiga, observa-se que, apesar de um escasso controle tecnológico, as sociedades tinham complexos e efetivos sistemas de controle social. Na Idade Contemporânea, por sua vez, os controles tecnológicos possuem um desenvolvimento e avanço extraordinário e maravilhoso; por outro lado, esta sociedade contemporânea vivencia um profundo abalo nos seus meios de controle social, distanciando-se cada vez mais dos valores éticos e morais que devem orientá-la⁶⁸.

Portanto, o desequilíbrio trazido pelo professor supramencionado, alcança todas as áreas, inclusive a área jurídica. Criado pela classe dirigente que tanto pode vir de um governo soberano, como também de um democrático, o direito penal surge diante a necessidade de se controlar o meio social, como subsistema alternativo para pacificação de todos os males que a sociedade está submetida. Será explanado, portanto, os caminhos percorridos na história para se estabelecer penas diante o direito penal, como forma de punição⁶⁹.

Quando se trata de fatores condicionantes da aplicação da pena, é possível também dizer que o fator econômico está atrelado na imposição de determinada pena, conforme preceitua Kirchheimer e Rusche:

“[...] É evidente que a escravidão como forma de punição é impossível sem uma economia escravista, que a prisão com trabalho forçado é impossível sem a manufatura ou a indústria, que fianças para todas as classes da sociedade são impossíveis sem uma economia monetária. De outro lado, o desaparecimento de um dado sistema de produção faz com que a pena correspondente fique inaplicável. Somente um desenvolvimento específico

⁶⁸ CALDEIRA, Felipe Machado. A Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v 12, nº 45, 2009. p. 256.

⁶⁹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e Estrutura Social. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. p. 19.

das forças produtivas permite a introdução ou a rejeição de penalidades correspondentes.⁷⁰

O papel da pena vai muito além de ser uma consequência do próprio delito, ela deve ser estudada, portanto como um evento independente. Será abordado em seguida as manifestações da pena em períodos específicos, seu desenvolvimento e suas mudanças durante determinados momentos históricos.

2.1 *Da história da pena*

Encontramos autores, como Corrêa Junior, que dividem a história do Direito Penal em períodos da seguinte maneira: vingança privada, vingança divina, vingança pública, humanitário e científico, os quais explanaremos a seguinte⁷¹. O período da vingança privada seria aquele marcado pela punição como forma de vingança, onde prevaleceria sempre o mais forte em relação ao mais fraco. Deste modo, a pena tinha como finalidade a retribuição do mal que tinha sido causado a determinada pessoa, que tinha como objetivo a retratação do infrator. Neste sentido, Aníbal Bruno afirma:

[...] não a encontramos, em geral, como forma de reação punitiva dentro de uma comunidade primária. Lançar mãos ao agressor, para feri-lo ou matá-lo, em gesto de vingança, devia parecer à consciência desses grupos, impregnada das concepções de totem e tabu, tão condenável quanto à agressão. A reação é a expulsão do grupo, que não só eliminava aquele que se tornara um inimigo da comunidade e dos seus deuses e forças mágicas, como evitava a esta o contágio da mácula de que se contaminara o agente, violando o tabu, e as reações vingadoras dos seres sobrenaturais, a que o grupo estava submetido.⁷²

Podemos falar que a esta época se praticava a autocomposição, mais vista como vingança de cunho pessoal, era usada pelo ofendido com o intuito de resolver o conflito, aqui não há que falar em proporcionalidade entre a pena e o crime. As reações das vítimas, de sua família ou grupo eram tidas de formas desproporcionais, não se preocupavam em pensar no verdadeiro sentido da palavra justiça, muitas das vezes essas vinganças atingiam além do ofensor, sua família ou o grupo em que vivia.

Com tal desproporcionalidade presente surge a Lei de Talião, que trouxe alguns preceitos para aplicação da pena, como aplicação de punição destinada apenas a pessoa

⁷⁰ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e Estrutura Social. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. p. 20.

⁷¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. Teoria da Pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

⁷² BRUNO, Aníbal. Direito penal. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966. v I, t. 3, p. 22.

que cometeu o crime, tendo como objetivo ser atribuído uma reação que se assemelhe ao mal gerado. Esta lei está expressa pela máxima “olho por olho, dente por dente”, onde o criminoso deverá ser punido da mesma maneira ao dano causado a outrem⁷³.

Com o passar do tempo a figura da religião foi influência terminante na vida dos povos mais antigos. A pena nesta época estava vinculada a entidades superiores, a divindades, tendo como finalidade a de ser restaurada a integridade coletiva perante a divindade cultuada⁷⁴.

Esse entendimento, nas civilizações do antigo oriente, onde para eles o causador da agressão tinha como pena o castigo para tranquilizar os deuses e readquirir a sua benevolência. O transgressor aqui é colocado numa situação para reduzir a indignação das divindades para com eles ⁷⁵.

A fase da vingança pública surge a partir do momento em que há uma junção entre o poder divino, utilizado no período da vingança divina e o poder humano, muito utilizado no período da vingança privada. Agora com uma diferença da organização daquele primeiro estágio, o Estado passa a se organizar cada vez melhor, chamando para si o dever de fixar os delitos e as suas respectivas punição. Este período foi marcado pelas atrocidades feitas pelo Estado, nele que surgiu a pena corpórea do suplício, tema a ser abordado mais à frente no tópico do Panóptico⁷⁶.

Este período não ofereceu uma efetiva ruptura com o período da vingança divina, uma vez que, o governante do Estado agia em nome das divindades, para que pudessem fundamentar a aplicação das penas nos deuses⁷⁷. Naquela época, os príncipes e soberanos viam na pena, a forma de mostrar poder, utilizada para a proteção dos bens jurídicos, os quais se tornaram mais valorizados com o surgimento da era capitalista⁷⁸.

⁷³ No Código de Hamurábi, em 1 780 a.C. no reino da Babilônia, foram encontrados os primeiros indícios do princípio de talião. Lei de Talião deriva do latim *Lex talionis*, de *talis*, que quer dizer tal; idêntico, isso foi a primeira tentativa de controlar a vingança, onde existia uma proporção entre o dano da crime com o dano do castigo, eram iguais/semelhantes.

⁷⁴ Desde os primórdios os homens já necessitavam de crer num poder superior, sobrenatural, daí adoravam e cultuavam objetos denominados Totens que exigiam respeito e obrigações, e o descumprimento dessas regras por qualquer indivíduo ocasionavam sanções à sociedade, enquanto da obediência sobrevinha recompensa.

⁷⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. Teoria da Pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 26.

⁷⁶ FOUCAULT, M. Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. p. 63 – 94.

⁷⁷ ISERHARD, Antônio Maria. Caráter Vingativo da Pena. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p.27.

⁷⁸ FOUCAULT, M. Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. p. 63 – 94.

Com o desenrolar da sociedade, devido a diversas pressões também da sociedade, a aplicação das penas de suplícios não eram mais aplicadas e sim as penas privativas de liberdade – à este período denominamos de fase humanitária. Aqui houve um grande avanço na política criminal, buscava-se separar acusados de condenados, manter uma condição mínima de utilização dos presídios e alimentação dos presos, além do grande avanço no incentivo da ressocialização dos presos, por meio de trabalho e educação nos próprios presídios⁷⁹.

A pena era considerada pelos positivistas mais que um castigo, ela era também um instrumento utilizado pela sociedade que buscava a reinserção do criminoso em seu meio⁸⁰. Esta fase surgiu a partir dos ensinamentos do marquês de Beccaria, César Bonesana, com sua obra “*Dos delitos e das penas*”, seus ensinamentos ganharam bastante força no meio jurídico que foram atribuídos na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789. A partir daqui podemos perceber um verdadeiro sentimento da busca de proporção entre crime e aplicação da pena, que teria como objetivo intimidar o cidadão e recuperar o infrator, outro ponto importante é que ele afirmava ainda que os juízes só poderiam condenar alguém se antes estivesse aquele crime previsto em lei, iniciando aí a ideia do princípio da legalidade⁸¹.

A fase da vingança científica se caracteriza pela utilização de critérios científicos na fundamentação de decisões judiciais. Os juízes agora fazem um importante papel, não decidem mais apenas com as leis e o seu convencimento, fazem parte do processo também figuras como os psiquiatras, psicólogos, peritos, entre outros profissionais, que vão auxiliar o juiz durante a instrução do processo na elaboração de provas e estudos sobre o caso⁸².

Com a atribuição deste instituto, percebe que se busca o afastamento da inteira responsabilização de um juiz sob a condenação do infrator, afastando, portanto, o caráter estritamente legal em relação à punição aplicada. Com sua obra *L'uomo Delinquente*, Lombroso foi quem deu novo rumo ao direito penal após o período que se desenvolvia desde

⁷⁹ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Editora Forense: 1998. p. 15.

⁸⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. Teoria da Pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

⁸¹ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002. p. 107.

⁸² FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. p. 24 a 26.

as publicações de Beccaria, em seu livro *Dos delitos e das penas*, seus estudos procuravam entender o delinquente e a explicação causal do delito⁸³.

Na concepção de Lombroso o indivíduo já nascia com todas as predisposições a ser criminoso, não havendo que se falar em tornar-se criminoso, impulsionado pelas teorias estudadas em sua época que buscavam racionalizar as desigualdades sociais e fazer um novo conceito de liberdade⁸⁴. Sendo os indivíduos em cada caso formados por suas características particulares, atribuídas por seus genes, quem seria criminoso teria como destino indeclinável a delinquência, sempre que certas condições se mostrassem favorável àquela conduta⁸⁵.

Com isto, a Escola Positivista buscava combater as ideias do direito penal dos clássicos (Ferri chamou de clássicos todos os que não concordavam com o positivismo criminológico)⁸⁶. Deslocaram o problema do crime para o criminoso, devendo ser estudado primeiramente o criminoso e posteriormente o crime, passando a ter como fundamento a necessidade de defesa social a punição, podendo ser observado nas palavras de Von Liszt:

Assim como um membro doente envenena todo o organismo, o câncer cada vez mais rapidamente crescente dos delinquentes habituais, penetra em nossa vida social (...). Trata-se de um membro, mas do mais importante e perigoso, nessa cadeia de fenômenos sociais patológicos que costumamos chamar com o nome genérico de proletariado. Mendigos e vagabundos, prostituídos de ambos os sexos e alcoólatras, vigaristas e gente licenciosa, no sentido mais amplo da palavra, degenerados psíquicos e físicos. Todos eles formam um exército de inimigos básicos da ordem social, do qual os delinquentes habituais compõem o seu Estado-Maior.⁸⁷

Portanto, a Escola Positivista Italiana representou uma marco no direito penal no século XIX, passando a pena a ser uma medida de defesa social, decorrente da

⁸³ LOMBROSO, César. O homem delinquente. Porto Alegre: Rivardo Lens, 2001. César Lombroso, formado em medicina e doutorado em psiquiatria, foi o criador da Antropologia Criminal, hoje chamada de Criminologia. Ele trouxe a ideia do criminoso nato, diferentemente do que apontava Beccaria onde defendia que a lei é responsável por estabelecer as condutas criminosas e suas respectivas sanções, o homem tendo o livre arbítrio para escolher a conduta a ser tomada, sendo o único responsável por seus atos. Com a ideia trazida por Lombroso, há a necessidade de uma nova forma de punição, uma vez que, a responsabilidade penal deixa de ser pessoal para ser social, onde está ligado a periculosidade do agente em meio aos outros cidadãos.

⁸⁴ Embora ele tenha reformulado suas teorias algumas vezes, jamais conseguiu reunir “evidências” de que determinados indivíduos são criminosos natos.

⁸⁵ Suas ideias eram, portanto, fundadas no determinismo biológico, onde o caráter biológico seria determinante, e não mais a ideia do livre arbítrio. O que levaria a cargo da Justiça Penal, a condenação do criminoso para se atignir o fim de proteção da sociedade.

⁸⁶ FERRI, Enrico. Princípios do Direito Criminal: o criminoso e o crime. 2ª ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998

⁸⁷ LISZT, Franz Von. Tratado de Direito Penal Alemão. Trad. José Higino Duarte Pereira. Tomo I e II. Campinas: Russell Editores, 2003. p. 9 e 10.

periculosidade do indivíduo. Diante tais acontecimentos, Franz Von Liszt, dividiu a ciência penal nos campos da criminologia, do direito penal e da política criminal⁸⁸.

A sociedade civil surge então, da necessidade da população de garantir e defender seus direitos agora com mais enfoque nos interesses individuais e não mais coletivos. Analisando o ser humano, é perceptível a tendência de que em certo e pequeno grupo há o acúmulo de riquezas e privilégios, enquanto que do outro lado temos a maioria que se encontra na miséria. Nesse contexto, fica claro que a desigualdade sempre existiu em nossa sociedade, desde os primórdios, onde os mais fortes comandavam os mais fracos, como também atualmente, onde os mais ricos e poderosos possuem o maior poder⁸⁹.

É com este sentimento que se desencadeia a luta pelos direitos, fazendo com que surja um estado onde todos estão contra todos, prevalecendo nesta guerra sempre o mais forte, fazendo total sentido a expressão criada pela importante filósofo Hobbes “o homem é o lobo do próprio homem”⁹⁰. Neste sentido, podemos dizer que as leis foram criadas para poder se reunir em um mesmo local pessoas que possuem interesses diversos. Beccaria afirma:

[...] Sendo a multiplicação do gênero humano, embora lenta e pouco considerável, muito superior aos meios que apresentava a natureza estéril e abandonada, para satisfazer necessidades que se tornavam cada dia mais numerosas e se cruzavam de mil maneiras, os primeiros homens, até então selvagens, se viram forçados a reunir-se. Formadas algumas sociedades, logo se estabeleceram novas, na necessidade em que se ficou de resistir às primeiras, e assim viveram essas hordas, como tinham feitos os indivíduos, num contínuo estado de guerra entre si. As leis foram as condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados sobre a superfície da terra.⁹¹

Em sede de todos esses conflitos sociais, foi necessário que cada indivíduo abdicasse de interesses para poder fruir de outros com mais segurança. Com isto, temos o surgimento do conceito de nação e soberania, onde o organizador deste Estado era responsável pela organização das leis que deveriam administrar toda a sociedade, sendo ele

⁸⁸ A partir da reação de importantes juristas que buscavam o reconhecimento do direito penal como ciência jurídica, distanciando eles dos questionamentos filosóficos, políticos e sociais, sendo aplicadores da lei.

⁸⁹ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 1764. Edição: Ridendo Castigat Moraes. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>> acesso em 24.10.16. p. 20 a 22.

⁹⁰ Thomas Hobbes, filósofo inglês viveu em tempos conturbados em seu país, as suas ideias tinham muito a ver com o clima de incertezas que marcou aquela época. Na sua época o liberalismo se fortalecia para combater o poder da realeza, ele pregava a igualdade perante o seu povo, que deveria eleger um representante legítimo para assegurar a paz e o progresso tão sonhado. Esta frase tão famosa se deu em virtude dele acreditar que os homens sempre tentariam tomar o poder para si, portanto, é uma metáfora que indica que o homem é capaz de grandes atrocidades e barbaridades contra elementos da sua própria espécie.

⁹¹ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 1764. Edição: Ridendo Castigat Moraes. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>> acesso em 24.10.16. p. 25 e 26.

chamado de soberano. Como dito anteriormente, o indivíduo é tendencioso à prevalência dos seus interesses individuais, onde cada vez mais buscam apoderar-se de suas liberdades inclusive a de outros pares, daí surge a necessidade da criação das penas a serem aplicadas contra infratores das leis.⁹²

Fala-se em Estado de bem-estar social, mas nunca conseguimos atingir efetivamente esse desejo. Desde sempre as leis e convenções foram elaboradas buscando atingir interesses de uma minoria, ou até buscando atingir interesses de dado momento histórico, sendo difícil, portanto, afirmar que seriam as leis elaboradas por uma pessoa “neutra”, observadora do homem e de todo o contexto em que vive, para assim poder atingir o tão esperado “*Welfare State*”⁹³.

O que trouxe um grande avanço em sede do Direito Penal, foi o Direito Romano que colaborou para o fim da pena de morte em seus costumes, trocando por outros tipos de penas possíveis e mais brandas, como exílio⁹⁴ e deportação⁹⁵. Além disso, ele traz teorias bastante importantes como a do erro, dolo e culpa, a da imputabilidade, da coação, das agravantes e atenuantes, entre outros⁹⁶.

A Obra “Dos Delitos e das Penas” de Cesar Beccaria, foi classificada como um verdadeiro marco na história do Direito Penal, sendo os sistemas penais surgidos sob fortes influências de seus pensamentos. Em sua obra, temos como lição: “Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas”⁹⁷.

⁹² BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 1764. Edição: Ridendo Castigat Moraes. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>> acesso em 24.10.16. p. 27.

⁹³ Quer dizer também Estado de bem-estar social, Estado-providência ou Estado social. Significa que o Estado é agente da promoção social e organizador da economia, sendo agente regulamentador de toda a vida e saúde social, política e econômica do país, cabendo a ele garantir serviços públicos e proteção à população.

⁹⁴ Exílio trazido pelo direito Romana significava a pena de banimento, onde o exilado era obrigado a deixar Roma, perdia o direito ao casamento e de comércio, era proibido até do uso de água e fogo para produção de sua comida, ficavam confiscados os seus bens. Hoje, significa a saída do criminoso político, ou de pessoa contra a qual é imputada infração dessa natureza, do território do Estado.

⁹⁵ Deportação é o processo de devolução compulsória, de estrangeiro irregular no território ao Estado de sua nacionalidade ou procedência.

⁹⁶ Vale frisar que os romanos, mesmo com seus grandes juristas, não compilaram seus institutos penais e o direito de punir. Julgavam os casos isoladamente, analisando para isso as particularidades de cada um, não elaborando, portanto, um conjunto de regras a serem seguidas.

⁹⁷ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 1764. Edição: Ridendo Castigat Moraes. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>> acesso em 24.10.16

2.2 *O panóptico de Jeremy Bentham*

A sociedade disciplinar, foi originada no fim do século XVIII e início do século XIX, se formou a partir das diferentes reformas do sistema judiciário e penal nos diversos países da Europa e do mundo. Sociedade esta, que teve o seu início a partir do surgimento das instituições de vigilância, de controle e correção, com base no panóptico de Jeremy Bentham, que traz a ideia do controle e a lógica do confinamento⁹⁸.

Michel Foucault, em sua obra *Vigiar e Punir*, aborda o surgimento de uma sociedade disciplinar e de controle que foi originada pela declinação da sociedade governada por um soberano, que tinha em seu comando um rei com repleto poder e controle sobre os seus governados, agindo de forma direta sobre os corpos dos indivíduos. Existia, portanto, como forma de punição para que se pudesse reparar o mal ou impedir que ocorressem eventos semelhantes: a deportação a submissão à humilhação, vergonha ou escândalo, o trabalho forçado e a pena de talião⁹⁹.

Acreditava-se no período entre o século XVII e XVIII, no suplício, como meio eficaz de punição, se tratava de utilização do corpo, sendo aplicada pena corporal dolorosa, de forma muitas vezes desproporcional entre o sofrimento da pena e a gravidade do crime cometido. Podemos citar como exemplo, um pequeno trecho do caso de Damiens, que ocorreu em Paris, relatado na obra de Foucault, como forma de suplício:

[O comissário de polícia Bouton relata]: Acendeu-se o enxofre, mas o fogo era tão fraco que a pele das costas da mão mal e mal sofreu. Depois, um executor, de mangas arregaçadas acima dos cotovelos, tomou umas tenazes de aço preparadas ad hoc, medindo cerca de um pé e meio de comprimento, atenazou-lhe primeiro a barriga da perna direita, depois a coxa, daí passando às duas partes da barriga do braço direito; em seguida os mamilos. Este executor, ainda que forte e robusto, teve grande dificuldade em arrancar os pedaços de carne que tirava em suas tenazes duas ou três vezes do mesmo lado ao torcer, e o que ele arrancava formava em cada parte uma chaga do tamanho de um escudo de seis libras.¹⁰⁰

A *lettre-de-cachet* era um grande mecanismo de poder das monarquias absolutistas, sendo um instrumento de poder do rei para dar ordem a uma pessoa, obrigando-a a fazer alguma coisa, sem nenhum julgamento. Entre essas obrigações, a *lettre-de-cachet* era

⁹⁸ Em 1789, Jeremy Bentham publicou a obra “Uma introdução aos Princípios da Moral e da Legislação”. A obra é um conjunto de cartas enviadas por ele à Inglaterra, descrevendo a arquitetura da prisão ideal, suas vantagens e possibilidades de aplicação.

⁹⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1999. p. 83.

¹⁰⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1999. p. 8.

mais utilizada como forma de punição, sendo possível o exílio, prisão, privação de alguém em alguma função, etc. Foucault a caracterizava da seguinte forma:

A *lette-de-cachet* não era uma lei ou um decreto, mas uma ordem do rei que concernia a uma pessoa, individualmente, obrigando-a a fazer alguma coisa. [...]. Na maioria das vezes, porém, ela era um instrumento de punição¹⁰¹.

Com o passar do tempo e o desenvolvimento da sociedade essas penas arbitrárias foram substituídas no século XIX, pela de aprisionamento, atribuída às instituições de sequestro. Ressalta ainda, Michel Foucault: “A prisão não pertence ao projeto teórico da reforma da penalidade do século XVIII. Surge no início do século XIX, como uma instituição de fato, quase sem justificção teórica”¹⁰².

Para Foucault essas instituições de sequestro não seriam apenas os presídios, como também as escolas, hospitais, manicômios, quartéis, entre outras. Funcionando com o principal objetivo de que se possa retirar o indivíduo do espaço social e familiar, para que suas condutas sejam moldadas, seu comportamento seja disciplinado e, também, para melhorar suas formas de pensamento, tornando-se então, locais para criação de “corpos dóceis”.

Em relação ao controle penal punitivo, tem-se que os indivíduos não poderiam ser controlados pela própria justiça, e sim por outros poderes fora deste meio, para isso veio a criação das prisões como forma de instituição de sequestro. Foucault traz o conceito do panoptico de Jeremy Bentham, conforme observa-se:

O Panopticon era um edifício em forma de anel, no meio do qual havia um pátio com uma torre no centro. O anel se dividia em pequenas celas que davam tanto para o interior quanto para o exterior. Em cada uma dessas pequenas celas, havia segundo o objetivo da instituição, uma criança, aprendendo a escrever, um operário trabalhando, um prisioneiro se corrigindo, um louco atualizando sua loucura, etc. Na torre central havia um vigilante. Como cada cela dava ao mesmo tempo para o interior e para o exterior, o olhar do vigilante podia atravessar toda a cela; não havia nela nenhum ponto de sombra e, por conseguinte, tudo o que fazer o indivíduo estava exposto ao olhar de um vigilante que observava através de venezianas, de postigos semi-cerrados de modo a poder ver tudo sem que ninguém ao contrário pudesse vê-lo. Para Bentham esta pequena e maravilhosa astúcia arquitetônica podia ser utilizada por uma série de instituições. O *Panopticon* é a utopia de uma sociedade e de um tipo de poder que é, no fundo, a sociedade que atualmente conhecemos – utopia que efetivamente se realizou. Este tipo de poder pode perfeitamente receber o

¹⁰¹ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2009. p. 95.

¹⁰² FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2009. p. 84.

nome de panoptismo. Vivemos em uma sociedade onde reina o panoptismo¹⁰³.

Foucault traz ainda a importância deste panóptico como sendo uma “forma de poder que se exerce sobre os indivíduos em forma de vigilância individual e contínua, em forma de controle de punição e recompensa e em forma de correção, isto é, de formação e transformação dos indivíduos em função de certas normas”¹⁰⁴. Para ele, estes três aspectos destacados anteriormente, eram essenciais e descreviam detalhadamente como se dava a efetiva relação de poder estatal.

Trata-se, portanto, de uma forma de exclusão por inclusão, diferentemente do que ocorria no século XVIII na época do suplício onde se tinha a exclusão por exclusão, que tinha como função precípua excluir os marginais, distanciando-os da sociedade¹⁰⁵.

¹⁰³ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2009. p. 87.

¹⁰⁴ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2009. p. 103.

¹⁰⁵ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2009. p. 114.

3 DIREITO COMPARADO

Como dito no capítulo 1 alguns países já preveem em suas constituições a necessidade de lei ordinária estipular prazo para a prisão preventiva. Será analisado neste capítulo como a Comunidade Europeia se coloca acerca deste tema, e também como alguns países se posicionam em sua legislação interna.

A Comissão Europeia, frente ao cenário da prisão preventiva aplicada pelos seus países membros, preocupada com a cooperação judiciária, elaborou um Livro Verde sobre a prisão determinada antes do julgamento final. Mesmo sendo o direito aplicado internamente por cada país, foi produzido este livro para que o “reconhecimento mútuo funcione eficazmente”¹⁰⁶, em atendimento ao questionamento do Conselho Europeu, que em uma das suas Resoluções afirma o seguinte:

o tempo de detenção antes do julgamento e durante a fase do julgamento varia consideravelmente de um Estado-Membro para outro. Períodos de detenção anterior ao julgamento excessivamente prolongados são prejudiciais para a pessoa em causa, podem prejudicar a cooperação judiciária entre Estados-Membros e não traduzem os valores que inspiram a União Europeia.¹⁰⁷

Para a comunidade o principal objetivo para se atingir o bem-estar harmônico entre os países membros da EU seria o respeito aos direitos fundamentais¹⁰⁸. Sobre a prisão preventiva, medida que abrange o período até a sentença definitiva, é reforçado o seu caráter de excepcionalidade e também que deverá ser respeitado sempre os direitos fundamentos à liberdade e a garantia da presunção de inocência¹⁰⁹.

De acordo com essa sistemática, é ressaltada a necessidade de prioridade na tramitação dos processos que possuem seus acusados presos, devendo esta medida ou até mesmo as suas alternativas, serem tomadas em casos de extrema necessidade e por um prazo

¹⁰⁶ Comissão Europeia. Livro Verde - Reforçar a confiança mútua no espaço judiciário europeu - Livro Verde sobre a aplicação da legislação penal da UE no domínio da detenção. Bruxelas, 2011. p. 2.

¹⁰⁷ Resolução do Conselho, sobre um Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais. 30 de novembro de 2009.

¹⁰⁸ Serão sempre respeitadas as tradições de cada Estado-membro e os seus sistemas jurídicos.

¹⁰⁹ Comissão Europeia. Livro Verde - Reforçar a confiança mútua no espaço judiciário europeu - Livro Verde sobre a aplicação da legislação penal da UE no domínio da detenção. Bruxelas, 2011. p. 9.

realmente necessário. Ficam elas sempre sujeitas a controle, tendo o acusado direito de revisão de sua liberdade¹¹⁰.

É possível notar que a maioria dos países europeus já legislaram e fixaram prazos e limites máximos para a prisão preventiva, variando de acordo com a legislação de cada Estado-Membro. Neste Livro da Comissão Europeia é trazido um problema vivido por sua comunidade, senão vejamos:

Contudo, na prática, os suspeitos não nacionais são frequentemente desfavorecidos quanto à libertação sob caução, por se considerar que existe um maior risco de fuga do que relativamente aos nacionais. O resultado é que os suspeitos estrangeiros vêm regularmente ser negada a libertação e, em consequência, o seu direito à liberdade, simplesmente porque têm menos ligações com a jurisdição¹¹¹.

Com tudo isso, a orientação é que seja sempre aplicado uma medida alternativa a prisão preventiva, para que seja menos gravosa. Em relação a problemática trazida acima, no caso de estrangeiro, é sugerido a expedição de MDE (mandado de detenção europeu)¹¹², a fim de ver assegurado a efetiva presença dos acusados em seus julgamentos¹¹³.

Vale ressaltar ainda, que o direito a um julgamento em prazo razoável e o de aguardar o julgamento em liberdade, estão previstos na Carta Dos Direitos Fundamentais Da União Europeia:

Artigo 45º. Liberdade de circulação e de permanência

1. Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros.

Artigo 47º. Direito à ação e a um tribunal imparcial

Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei.¹¹⁴

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) estabelece ainda:

ARTIGO 5º Direito à liberdade e à segurança

1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança.

¹¹⁰ Comissão Europeia. Livro Verde - Reforçar a confiança mútua no espaço judiciário europeu - Livro Verde sobre a aplicação da legislação penal da UE no domínio da detenção. Bruxelas, 2011. p. 9.

¹¹¹ Comissão Europeia. Livro Verde - Reforçar a confiança mútua no espaço judiciário europeu - Livro Verde sobre a aplicação da legislação penal da UE no domínio da detenção. Bruxelas, 2011. p. 10.

¹¹² Esta alternativa se baseia na possibilidade de entrega entre os Estados-Membros, de pessoas que estão sujeitas a julgamento ou até mesmo a execução da pena. Claro que deverá sempre ser repetidos os direitos fundamentais de qualquer indivíduo, sendo possível a não entrega de algum acusado em virtude da percepção de violação a qualquer direito fundamental inerente.

¹¹³ Comissão Europeia. Livro Verde - Reforçar a confiança mútua no espaço judiciário europeu - Livro Verde sobre a aplicação da legislação penal da UE no domínio da detenção. Bruxelas, 2011. p. 10.

¹¹⁴ Carta Dos Direitos Fundamentais Da União Europeia. 18 de dezembro de 2000.

3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que as

4. Qualquer pessoa privada da sua liberdade por prisão ou detenção tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal. segure a comparência do interessado em juízo.

Com a leitura destes artigos percebe-se a previsão do instituto da possibilidade de reexame da medida ao réu imposta, devendo esta obrigação “ser interpretada no sentido de as autoridades encarregadas da investigação e da acusação justificarem regularmente a prorrogação do prazo de prisão preventiva do suspeito”¹¹⁵. Medida este primordial para assegurar a não ocorrência de abusos em relação aos presos ainda considerados inocentes sobre a ótica do direito penal¹¹⁶.

Foram selecionados países como Itália, Espanha e Portugal, para explanação de suas leis, por se assemelharem ao sistema processual penal do Brasil. Na Itália foram fixados prazos conforma a situação do processo, podendo variar entre 3 meses e 6 anos; em Portugal seguiu o mesmo princípio italiano, os prazos são variados em relação a situação do processo, que podem variar entre 6 e 18 meses; e, na Espanha é utilizado a pena em abstrato que pode ser aplicada ao caso, podendo o tempo de duração da prisão preventiva variar entre 3 meses e 2 anos.

3.1 *Direito Português*

A Constituição da República Portuguesa prevê em seu artigo 27 o direito a liberdade, sendo ele extensivo a todos não é absoluto em todos os graus, foram previstos também, portanto, restrições a este direito¹¹⁷. No mesmo viés da carta constitucional brasileira, é também previsto a garantia da presunção de inocência até o trânsito em julgado

¹¹⁵ Comissão Europeia. Livro Verde - Reforçar a confiança mútua no espaço judiciário europeu - Livro Verde sobre a aplicação da legislação penal da UE no domínio da detenção. Bruxelas, 2011. p. 11.

¹¹⁶ Em virtude do direito à presunção de inocência assegurado na Carta dos Direitos Fundamentais em seu artigo 48º. 1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa.

¹¹⁷ A título de exemplo cita-se o item 3 do artigo 27, que traz situações limitadoras ao direito à liberdade, podendo ser em casos de: detenção flagrante delito (alínea “a”); Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos (alínea “b”); Prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão (alínea “c”); Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente; Sujeição de um menor a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente (alínea “d”); entre outros.

de sentença penal condenatória¹¹⁸, trata-se de garantias previstas na Constituição, não podendo a lei infraconstitucional restringir direitos diferentes do previsto no texto constitucional¹¹⁹.

O item 2 do artigo 27, da constituição portuguesa, possui o seguinte teor “ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança”. Fazendo uma interpretação conjunta deste dispositivo com a presunção de inocência temos uma proteção não só à liberdade de locomoção, a prisão do imputado só seria possível após a condenação definitiva, se não fosse as restrições taxativas de exceção ao direito à liberdade.

Prevista no próprio texto constitucional lusitano, a prisão preventiva é tida como medida excepcional, devendo ser aplicada apenas nos casos em que não couber outra medida mais favorável, tendo a seguinte previsão:

Artigo 28.º

Prisão preventiva

1. A detenção será submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, a apreciação judicial, para restituição à liberdade ou imposição de medida de coacção adequada, devendo o juiz conhecer das causas que a determinaram e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa.
2. A prisão preventiva tem natureza excepcional, não sendo decretada nem mantida sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei.
3. A decisão judicial que ordene ou mantenha uma medida de privação da liberdade deve ser logo comunicada a parente ou pessoa da confiança do detido, por este indicados.
4. A prisão preventiva está sujeita aos prazos estabelecidos na lei.¹²⁰

Com a leitura do item 4 do artigo supramencionado, fica evidente a necessidade de o legislador ordinário estabelecer prazo de duração da prisão preventiva. Atendendo a esta necessidade, o Código de Processo Penal português a partir do seu artigo 215 estabelece o prazo exigido, sendo ele variado em relação ao estado atual do processo. O item 1 do mencionado artigo estabelece:

- 1 A prisão preventiva extingue-se quando, desde o seu início, tiverem decorrido:
 - a) Quatro meses sem que tenha sido deduzida acusação;

¹¹⁸ Previsto no artigo 32 da Constituição da República Portuguesa, item 2.

¹¹⁹ O artigo 18 item “2” da Constituição da República Portuguesa assim prevê: A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

¹²⁰ Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em 16.01.17.

- b) Oito meses sem que, havendo lugar a instrução, tenha sido proferida decisão instrutória;
- c) Um ano e dois meses sem que tenha havido condenação em 1.^a instância;
- d) Um ano e seis meses sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado.

2 Os prazos referidos no número anterior são elevados, respectivamente, para seis meses, dez meses, um ano e seis meses e dois anos, em casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, ou quando se proceder por crime punível com pena de prisão de máximo superior a 8 anos, ou por crime:

- a) Previsto no artigo 299.º, no n.º 1 do artigo 318.º, nos artigos 319.º, 326.º, 331.º ou no n.º 1 do artigo 333. do Código Penal e nos artigos 30.º, 79.º e 80.º do Código de Justiça Militar, aprovado pela Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro;
- b) De furto de veículos ou de falsificação de documentos a eles respeitantes ou de elementos identificadores de veículos;
- c) De falsificação de moeda, títulos de crédito, valores selados, selos e equiparados ou da respectiva passagem;
- d) De burla, insolvência dolosa, administração danosa do sector público ou cooperativo, falsificação, corrupção, peculato ou de participação económica em negócio;
- e) De branqueamento de vantagens de proveniência ilícita;
- f) De fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito;
- g) Abrangido por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima.¹²¹.

O mesmo artigo traz ainda a previsão do regime especial para os crimes previstos no item 1, aumentando em 1 ano, 1 ano e 4 meses, 2 anos e 6 meses e 3 anos e 4 meses, respectivamente, quando o procedimento for de excepcional complexidade¹²². Vale lembrar ainda, que este carácter excepcionalidade só pode ser declarada em 1.^a instância, por meio de despacho que deverá ser fundamentado pelo juiz, por meio de ofício ou a requerimento do Ministério Público, devendo sempre ser ouvidos o réu e seu assistente¹²³.

A partir do momento em que se verifica uma extrapolação do prazo previsto nestes itens, conforme os momentos procedimentais, o acusado deve ser colocado instantaneamente em liberdade. Caso não seja colocado em liberdade, ocorrerá constrangimento ilegal à liberdade do indivíduo, o qual poderá impugnar por meio de Habeas Corpus, conforme artigo 222 do Código de Processo Penal português:

222.º Habeas corpus em virtude de prisão ilegal

1 A qualquer pessoa que se encontrar ilegalmente presa o Supremo Tribunal de Justiça concede, sob petição, a providência de habeas corpus.

2 A petição é formulada pelo preso ou por qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos, é dirigida, em duplicado, ao Presidente do Supremo

¹²¹ DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro de 1987. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

¹²² Aqui o item 3 do artigo 215 do Código de Processo Penal português, entende como sendo em casos de número de arguidos ou de ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime.

¹²³ Esta medida está prevista no item 4 do artigo 215 do Código de Processo Penal português.

Tribunal de Justiça, apresentada à autoridade à ordem da qual aquele se mantenha preso e deve fundar-se em ilegalidade da prisão proveniente de:

- a) Ter sido efectuada ou ordenada por entidade incompetente;
- b) Ser motivada por facto pelo qual a lei a não permite; ou
- c) Manter-se para além dos prazos fixados pela lei ou por decisão judicial.¹²⁴

O ordenamento jurídico português diferentemente do brasileiro, não prevê hipótese de petição de habeas corpus preventivo, ou seja, quando apenas houver ameaça à liberdade. Portanto, para que haja a possibilidade de entrar com este pedido, é necessário a perturbação e privação da liberdade mediante o abuso de poder. José Faria Costa entende que com isto o instrumento do *habeas corpus* se torna uma medida célere e eficaz, para se atingir o objetivo final que se trata da proteção à liberdade de locomoção, tida como direito fundamental¹²⁵.

3.2 *Direito Italiano*

Após o regime totalitarista, imposto por Benito Mussolini, onde existiam diversos tipos de limitações as garantias processuais, a Constituição italiana veio dotada de carácter democrático e de um sistema penal acusatório. Promulgado em 1988, o código de processo penal italiano se baseou nos preceitos adotados pela carta constitucional vigente, fixando prazos de limite máximos para a prisão preventiva¹²⁶.

Previsto como direito fundamental, a garantia a liberdade está presente no artigo 13 da carta constitucional italiana, que estabelece ainda a necessidade de fixação do prazo máximo da prisão preventiva, conforme exposto a seguir:

Parte I
Direitos e Deveres dos Cidadãos
Relações Civis
Art. 13

¹²⁴ Acórdão Supremo Tribunal de Justiça. 25-06-2009, CJ (STJ), 2009: I. O pedido de «habeas corpus», quando se funde em detenção ilegal, é dirigido ao Presidente do STJ.

II. Aquela detenção ilegal tem, como seu pressuposto, uma privação total, precária e condicional da liberdade, que não resulte de uma decisão judicial e que se situe entre os momentos da captura e do despacho judicial sobre a sua apreciação e validação e a prisão preventiva.

III. A prisão ilegal, por sua vez, terá sempre subjacente uma privação da liberdade judicialmente decretada ou controlada, como sucede nos casos de manutenção de cidadão estrangeiro em centro de instalação temporária (CIT) ou em espaço equiparado.

IV. Qualquer privação da liberdade individual contra a vontade do visado, remetendo este a um local delimitado, que diname de uma autoridade pública, é fundamento para a providência de «habeas corpus».

¹²⁵ COSTA, José Faria. Habeas corpus: ou a análise de um longo e ininterrupto diálogo entre o poder e a liberdade. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1999. v. 75, p. 537-552.

¹²⁶ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 347-351.

A liberdade pessoal é inviolável. Não é admitida forma alguma de detenção, de inspeção ou perquisição pessoal, nem tão pouco qualquer outra forma de restrição à liberdade pessoal, a não ser por determinação motivada da autoridade judiciária e, unicamente, nos casos e formas previstos por lei. Em casos excepcionais de necessidade e urgência, indicados categoricamente pela lei, a autoridade de segurança pública pode adotar medidas provisórias, que devem ser comunicadas no prazo de quarenta e oito horas à autoridade judiciária e, se esta não as reconhecer como válidas nas sucessivas quarenta e oito horas, as mesmas entender-se-ão revogadas e nulas para todos os efetivos. É punida toda violência física e moral contra as pessoas que sejam de qualquer modo submetidas a restrição de liberdade. A lei estabelece os limites máximos da prisão preventiva.¹²⁷

A interpretação deste artigo deve ser feita sempre em conjunto com o princípio da inocência, previsto no artigo 27 da Constituição italiana, prevendo que “*l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*” (o réu não é considerado culpado até a sentença definitiva). Nesta seara, temos que a prisão preventiva não possui de forma alguma antecipação de pena, que só pode ser aplicada após a sentença definitiva não sujeita à recurso¹²⁸.

O legislador italiano se preocupou em restringir as medidas cautelares, portanto, trata-se de um capítulo taxativo em que todas as formas de aplicação de medidas cautelares estão previstas em lei. É importante ressaltar ainda, que a necessidade do *fumus comissi delict* também está presente no sistema processual italiano, como se observa no artigo 273 do código processual “*Nessuno può essere sottoposto a misure cautelari se a suo carico non sussistono gravi indizi di colpevolezza*” (Ninguém será submetido a medidas de precaução contra ele se não há sérios indícios de culpa).

Já a necessidade do *periculum libertatis* fica está prevista no artigo 274 em seus diversos desdobramentos. Outro ponto exaltado no sistema é a aplicação do princípio da proporcionalidade, devendo ser aplicada a medida cautelar menos danosa ao acusado, onde a prisão preventiva deverá ser estipulada apenas em último caso, conforme se observa no item 3 do artigo 275 do Código de Processo Penal italiano:

3. A prisão preventiva só pode ser ordenada quando todas as outras medidas são inadequadas. Quando há sérios indícios de culpa em relação as infrações do art. 416 bis do Código Penal, ou para os crimes cometidos nas condições

¹²⁷ Constituição traduzida em 14 línguas, publicada em virtude do 60º aniversário da República. Disponível em <[http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano\)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf)> Acesso em 24.01.17.

¹²⁸ ILLUMINATI, Giulio. Tutela da liberdade pessoal e exigências processuais na jurisprudência da Corte Constitucional italiana. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: jan/mar. 1999. ano 7, nº 25. p. 95.

prevista no referido artigo. 416 bis ou a fim de facilitar as atividades das associações previsto no mesmo artigo, a custódia cautelar na cadeia é aplicada, a menos que sejam circunstâncias adquiridos mostrando que não há necessidades de precaução¹²⁹.

Por se tratar de uma medida de exceção, e respeitando a constituição, a prisão preventiva tem prazo máximo fixado no código¹³⁰. Ocorre que para se chegar a esse limite temporal, uma série de critérios como pena máxima que pode ser aplicado ao crime em abstrato são adotados, levando-se em consideração o marco inicial para contagem a partir do momento que o acusado esteja com sua liberdade restringida¹³¹.

Assim como no direito português, o ordenamento jurídico prevê diversas hipóteses em que caiba o encerramento da *custodia cautelar in carcere*. O *Codice di Procedura Penale* fixa as situações que põe termo a tal medida, podendo este prazo variar entre 3 meses e 6 anos, importante frisar que existem exceções à estas regras, e todas estão expressamente estabelecidas¹³².

Vale ressaltar ainda que o item 6 do artigo 304 do Código de Processo Penal italiano, estabelece que a medida cautelar da prisão preventiva jamais poderá exceder a dois terços da pena máxima em abstrato prevista, conforme se observa:

6. A prisão preventiva não pode exceder o dobro do número de termos estabelecidos no art. 303, parágrafos 1, 2 e 3, independentemente de qualquer prazo estabelecido no artigo 303, nº 1, alínea b), número 3 a) (1) e o aumento dos termos de metade fornecida pelo art. 303, parágrafo 4, ou, se posterior, dois terços da punição temporária máxima para o alegado crime ou considerados no julgamento. Para este fim, a sentença é equiparado à pena máxima temporária¹³³.

Pode ser observado que por mais que exista um prazo fixado, ainda existem diversos mecanismos para se prolongar essa limitação, se observa que no artigo 305 do

¹²⁹ 3. La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'art. 416 bis del codice penale, o ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416 bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari.

¹³⁰ Parte final do artigo 13 da Constituição italiana, prevê que a lei ordinária estipulará os limites máximos da prisão preventiva, conforme exposto acima.

¹³¹ PISANI, Mario; MOLARI, Alfredo; PERCHINNUNNO, Vincenzo; CORSO, Piermaria. Manuale di procedura penale. 2. ed. Bolonha: Monduzzi, 1994. p. 305.

¹³² O artigo 304 traz hipóteses em que o prazo da prisão preventiva fica suspenso, ou seja, nem é levado em consideração para fins de se pôr fim na custódia cautelar.

¹³³ 6. La durata della custodia cautelare non può comunque superare il doppio dei termini previsti dall'art. 303, commi 1, 2 e 3 senza tenere conto dell'ulteriore termine previsto dall'articolo 303, comma 1, lettera b), numero 3 bis) (1) e i termini aumentati della metà previsti dall'art. 303, comma 4, ovvero, se più favorevole, i due terzi del massimo della pena temporanea prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza. A tal fine la pena dell'ergastolo è equiparata alla pena massima temporanea.

referido código está previsto a possibilidade de prorrogação da prisão preventiva por apenas uma vez¹³⁴. Contra as decisões que estipulam a *custodia cautelare* o Poder Constituinte previu a possibilidade de revisão¹³⁵, sendo ainda criados pelo legislador ordinário a apelação¹³⁶ e o recurso em cassação¹³⁷.

3.3 *Direito Espanhol*

Seguindo o mesmo padrão italiano, a Espanha prevê em sua carta constitucional o direito à liberdade como valor superior do seu ordenamento jurídico¹³⁸. Estabelece o artigo 17:

Artigo 17

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, mas com a observância das disposições do presente artigo e nos casos e na forma prevista pela lei.
2. A detenção preventiva não pode durar além do estritamente necessário para levar a cabo as investigações destinadas a clarificar o tempo de factos e, em qualquer caso, num prazo máximo de setenta e duas horas, o detento deve ser liberado ou disposição da autoridade judicial.
3. Toda pessoa detida deve ser informada imediatamente e para que ele entenda, dos seus direitos e as razões para a sua detenção não pode ser obrigado a testemunhar. a assistência de um advogado detido no processo policiais e judiciais nos termos estabelecidos por lei é garantido.
4. A lei regula um procedimento de "habeas corpus" para a imediata entrega às autoridades judiciais de qualquer pessoa ilegalmente preso. Além disso, por lei deve ser determinado o período máximo de prisão provisória¹³⁹.

¹³⁴ Neste artigo está estipulado que só será concedido essa prorrogação por ordem judicial, mediante pedido feito pelo Ministério Público, assegurado sempre o direito de defesa do acusado.

¹³⁵ Previsto no artigo 309 do Código de Processo Penal Italiano - trata-se de recurso exclusivo da defesa, devendo o imputado ou seu defensor interpor em um prazo de 10 (dez) dias, contra decisão de primeira instância e que será julgado pelo Tribunal competente.

¹³⁶ Previsto no artigo 310 do Código de Processo Penal Italiano - trata-se de um recurso de reexame destinado ao Tribunal, também com prazo de 10 (dez) dias.

¹³⁷ Previsto no artigo 311 do Código de Processo Penal Italiano – trata-se de recurso contra decisão de segunda instância que apreciou os outros recursos já abordados, deverá ser interposto também em um prazo de 10 (dez) dias. Aqui não será analisado de maneira alguma o mérito da questão, se preocupando apenas com possíveis omissões, contradição ou falta de lógica na decisão do Tribunal.

¹³⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 1998. p. 316.

¹³⁹ Artículo 17:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad ya la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.
2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.
3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar.
4. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

Com a leitura deste dispositivo constitucional observa-se que no item 4 fica evidente a necessidade de fixação de tempo máximo para a prisão provisória. Diferentemente da *detención preventiva*¹⁴⁰ prevista no item 2 do mencionado artigo, onde está estabelecido um prazo máximo de 72 horas, o constituinte não fixou qual seria este limite temporal para a prisão preventiva, ficando então a cargo do legislador ordinário.

Em 2003 foi aprovado a Lei Orgânica nº 13, com o intuito de ajustar a Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) às determinações constitucionais em relação as determinações da prisão preventiva. O entendimento de que este tipo de medida é excepcional e utilizado apenas em último caso, continuou sendo adotado, fixando o artigo 502 da LECrím “*cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional*”¹⁴¹.

Esta lei fixa em seu artigo 503 os requisitos para a determinação de prisão preventiva, sendo a sua utilização possível apenas nos casos em que o crime possua sua pena máxima em abstrato superior a dois anos, ressalvados os casos em que a pena seja inferior à este prazo se o acusado for reincidente por crime doloso¹⁴². Claro que ainda existem as exceções do risco de fuga nos casos de pelo menos dois chamamentos contra o imputado pelo menos nos dois últimos anos¹⁴³, da proteção dos bens jurídicos das vítimas, neste caso principalmente quando se trata de casos de violência doméstica¹⁴⁴, e, do risco de práticas reiteradas de crimes pelo acusado.

Os limites temporais acerca do prazo máximo da prisão preventiva estão previstos no artigo 504 da LECrím, o caput do referido artigo já menciona o seu caráter excepcional “*durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción*”. Portanto, restringir a liberdade de alguém durante o curso do processo deve ser uma medida

¹⁴⁰ Trata-se de medida de caráter precário, que pode ser aplicada por autoridades e particulares. Seu objetivo está fixado na limitação de liberdade do indivíduo para que seja levado ao encontro de autoridade judiciária, e no caso de já estar junto à ela para que seja decidido se a sua liberdade será restabelecida ou se será imposto ao indivíduo medida cautelar pessoal.

¹⁴¹ Quando é objetivamente necessário, de acordo com as disposições dos seguintes itens, e quando outras medidas menos restritivas para o direito à liberdade pela qual não existem para o mesmo propósito pode ser alcançado com a prisão preventiva

¹⁴² Previsão dada pelo artigo 503, 1.1 da LECrím.

¹⁴³ Previsão dada pelo artigo 503, 1.3, "a" da LECrím.

¹⁴⁴ Previsão dada pelo artigo 503, 1.3, "c" da LECrím.

tomada minimamente, porquanto se exceder será considerada ilícita, uma vez que, a situação que lhe deu causa restou cessada¹⁴⁵.

Seguindo o mesmo padrão italiano, o legislador espanhol fixou prazos para se limitar a prisão preventiva, para não fazer jus a teoria do não prazo citada anteriormente no início deste trabalho. Este prazo varia de acordo com as seguintes situações:

- Quando há risco de fuga ou risco de que o acusado atue contra bens jurídicos da vítima, ou para impedir a reiteração delitiva: máximo de um ano nos casos em que a pena for menor ou igual a três anos, e no caso de pena superior aos três anos pode durar até o máximo de dois anos.
- Para que não haja nenhuma perda valorativa em relação a prova, a prisão preventiva poderá durar até seis meses¹⁴⁶.

Existe a possibilidade de prorrogação deste prazo, apenas no primeiro ponto trazido acima, devendo sempre estar presentes em audiência o Ministério Público e acusado. A prorrogação da *prisión provisional*, portanto, pode se dar de duas formas: nos casos em que a pena do crime seja superior a três anos, pode ser prorrogada a medida por mais dois anos, e, nos casos em que a pena seja igual ou inferior aos três anos, poderá ser prorrogado por mais seis meses.

Atingidos todos estes prazos supracitados, o preso deverá ser colocado imediatamente em liberdade¹⁴⁷, isso não quer dizer que em fase nenhuma ele poderá voltar a cumprir prisão provisória. O artigo 504.4 da LECrim estabelece que, nos casos em que o acusado deixa de comparecer aos momentos requisitados pelo juiz da causa, ele poderá sim ser submetido a uma nova medida preventiva.

3.4 Análise e Interpretação de Tratados Internacionais que foram aplicados em casos que chegaram até o STF – Informativo 845 e 798

Para concluir este capítulo, será analisado julgado do STF, que foi tido como repercussão geral, onde se discutia a necessidade de fixação de indenização por parte do

¹⁴⁵ ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de derecho procesal penal. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 183.

¹⁴⁶ Conforme preceitua o artigo 503.1.3º.b, da LECrim “evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento”

¹⁴⁷ É importante lembrar que atingido este limite temporal, o imputado deve ser colocado imediatamente em liberdade. Caso isto não aconteça, será considerado ilegal a sua apreensão, sendo suscetível ao remédio do Habeas Corpus, conforme Lei Ordinária 6/1984.

Estado a respeito de padrões mínimos de humanidade dentro dos presídios¹⁴⁸. Foi adotado como fundamento o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal para se ter o dever de indenizar, conforme se observa de trecho extraído do Voto do Ministro Teori Zavascki exposto a seguir:

Em seguida, consignou que a matéria jurídica está no âmbito da responsabilidade civil do Estado de responder pelos danos, até mesmo morais, causados por ação ou omissão de seus agentes, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, preceito normativo autoaplicável, que não se sujeita a intermediação legislativa ou a providência administrativa de qualquer espécie. Ocorrido o dano e estabelecido o seu nexos causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. Sendo assim e tendo em conta que, no caso, a configuração do dano é matéria incontroversa, não há como acolher os argumentos que invocam, para negar o dever estatal de indenizar, o princípio da reserva do possível, na dimensão reducionista de significar a insuficiência de recursos financeiros¹⁴⁹.

No caso em questão, se tinha um grande problema, foi elaborado laudo pela vigilância sanitária que apontou diversos problemas na estrutura do presídio em questão. Após vários meses nenhum problema foi sanado, tanto o da superlotação como também o da falta de condição de saúde e higiene encontradas naquele lugar.

Com todo este problema o Supremo confirmou a condenação atribuída pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, para manter a condenação pela indenização de R\$ 2.000,00 (dois mil) reais¹⁵⁰. Portanto, é dever do Estado manter padrões mínimos de humanidade para seus detentos, no caso em tela, percebe-se que o Estado “lesou direitos fundamentais do recorrente, quanto à dignidade, intimidade, higidez física e integridade psíquica”¹⁵¹.

A este dever imposto ao Estado pela nossa Carta Constitucional, vale lembrar que ainda existem outros dispositivos que trazem o dever de segurança dos presos,

¹⁴⁸ RE 580252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 16.2.2017. (RE-580252). Foi reconhecida a repercussão geral por meio de julgamento no Plenário Virtual, que proferiu a seguinte decisão: “O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie” (DJ Nr. 109 do dia 08/06/2011).

¹⁴⁹ Informativo nº 845 do STF. Responsabilidade civil do Estado: superpopulação carcerária e dever de indenizar – 4. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo854.htm>> Acesso em 16.03.2017. RE 580252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 16.2.2017. (RE-580252).

¹⁵⁰ O julgamento da Apelação foi disponibilizado no Diário de Justiça nº 1.273 do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul em 19/05/2006, por se tratar de processo que corre em segredo de justiça não foi possível obter acesso ao referido acórdão.

¹⁵¹ Informativo nº 845 do STF. Responsabilidade civil do Estado: superpopulação carcerária e dever de indenizar – 4. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo854.htm>> Acesso em 16.03.2017. Treco extraído do voto do Ministro Teori Zavascki. RE 580252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 16.2.2017. (RE-580252).

tanto física quanto psíquica. Além das previsões contidas em leis nacionais, o Brasil ainda é signatário de vários mecanismos internacionais, conforme mencionado pelo Ministro em seu voto:

- Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX;
- Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88;
- Lei 9.455/97 (Lei de tortura);
- Lei 12.874/2013 (Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura);
- Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14;
- Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25;
- Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos;
- Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e
- Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955.

É reforçado a ideia da vulnerabilidade dos detentos, em virtude disto, é reconhecido o direito à indenização, uma vez que, se atendidos os argumentos do Estado restaria no descobrimento da proteção estatal aos detentos, que possuem o direito de reparação judicial dos danos sofridos¹⁵². Nesse mesmo sentido em outro julgado¹⁵³ o STF entendeu pela “violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à

¹⁵² Estaria sendo violados não só o artigo 37, § 6º, da CF, mas também as inúmeras cláusulas constitucionais, infraconstitucionais e internacionais referidas acima.

¹⁵³ Neste julgado foi reconhecida a transgressão de diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criara o Funpen.

dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas”¹⁵⁴.

Nesse informativo nº 798 é trazido a importância dos três poderes perante esta situação, uma vez que, a responsabilidade pela superpopulação e precariedade dos presídios, restaria aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal. Importante frisar que relacionado ao tema deste trabalho, é trazido a informação de que 41% dos presos provisórios quando julgados, são soltos ou condenados a penas alternativas, conforme se observa a seguir:

O Poder Judiciário também seria responsável, já que aproximadamente 41% dos presos estariam sob custódia provisória e pesquisas demonstrariam que, quando julgados, a maioria alcançaria a absolvição ou a condenação a penas alternativas. Ademais, a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado evidenciaria a inadequada assistência judiciária. A violação de direitos fundamentais alcançaria a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial e justificaria a atuação mais assertiva do STF.¹⁵⁵

Este julgado é de extrema importância, pois está se reconhecendo cada vez mais a necessidade de trabalhos integrados entre os três poderes, para que sejam otimizadas as políticas públicas e as condições carcerárias, para se atingir realmente a ideia de ressocialização que sempre foi o objetivo prisional, conforme discutido no capítulo I deste trabalho. Diante este julgado, considerou-se importante a necessidade de conscientização na formação dos magistrados, para que, deixem de lado a cultura do encarceramento¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Informativo nº798 do STF. Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental - 8. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>> Acesso em 16.03.2017. ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF-347).

¹⁵⁵ Informativo nº798 do STF. Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental - 8. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>> Acesso em 16.03.2017. ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF-347).

¹⁵⁶ Informativo nº798 do STF. Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental - 8. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>> Acesso em 16.03.2017. ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF-347).

CONCLUSÃO

O trabalho foi baseado na necessidade de fixação de prazo máximo para o instituto da prisão preventiva, por ela não possuir nenhuma fixação temporária nas normas infraconstitucionais. A Constituição Federal assegura direitos como a duração razoável do processo, direito ao devido processo legal, a presunção de inocência, que refletem diretamente no caso em questão, uma vez que, muitas vezes presos provisoriamente cumprem ao invés de uma medida cautelar, uma espécie de “pena”.

A legislação brasileira sofreu bastante alterações no tema processual penal, o Código de Processo Penal foi elaborado em uma época inquisitória (anterior a atual Constituição Federal), por isso, muitas previsões suas precisaram de alterações ao longo dos anos. A prisão com todas essas mudanças passou a ser considerada apenas como *ultima ratio*, devendo ser aplicada apenas em últimos casos, sendo previstos limites tanto para a prisão em flagrante como também para a temporária, ocorre que, a prisão preventiva ficou a par de uma reforma, nunca sido feita.

O tempo neste quesito é fundamental para o processo penal, para se ter um equilíbrio entre a celeridade e todas as garantias previstas aos indivíduos, para atender à garantia essencial do devido processo legal. Neste sentido, a doutrina e jurisprudência passaram por diversos entendimentos, tentaram fixar a doutrina dos 81 (oitenta e um) dias com a soma dos prazos processuais, o que valeu por um bom período de tempo, hoje a teoria que vige é a da teoria do não prazo, onde seriam avaliados critérios como complexidade da instrução, atuação do imputado e da sua defesa e a atuação das autoridades envolvidas.

A necessidade de fixação, como feito por diversos países demonstrados neste trabalho, se torna cada vez mais presente, como demonstrado por países europeus que exercem influência no Brasil. Quando o Estado inicia um processo penal, a Constituição Federal assegura o direito a razoável duração do processo, restando ao indivíduo o direito a um julgamento sem dilações indevidas, diante disto podemos fundamentar a real necessidade de fixação deste marco temporal na duração da prisão preventiva.

Não se quer a fixação de um único prazo para a prisão preventiva, quer sim que seja fixado limites para as diversas situações existentes no Código Penal Brasileiro.

Países como Portugal, Itália e Espanha, como demonstrado acima, estabelecem esses limites temporais de acordo com as penas aplicadas a cada crime em concreto e também de acordo com a fase processual em que o processo se encontra, podendo existir ainda exceções para cada caso concreto.

O legislador brasileiro por diversas vezes já tentou fixar este limite, porém, sem sucesso algum. Atualmente está em tramitação no Congresso Nacional a criação de um novo Código de Processo Penal, que deixa de lado a natureza inquisitória, para respeitar a todos os preceitos e garantias constitucionais trazidas pela Constituição Federal de 1988. Ele traz a previsão de um limite de 180 (cento e oitenta) dias, o que dependeria da fase processual e da pena máxima cominada ao crime em questão, não podendo ultrapassar um limite máximo de 4 (quatro) anos.

Trata-se de uma medida necessária e louvável, mesmo que não aprovado, é uma medida que deve ser tomada para um melhor andamento do processo penal e asseguarção dos direitos fundamentais garantidos a todos os indivíduos. Vimos que 41% dos presos provisoriamente quando julgados são soltos ou cumprem penas alternativas à prisão, o que leva a concluir que a prisão preventiva é utilizada muitas vezes de uma forma sobrecarregada, o que leva a situação prisional existente hoje, catastrófica.

Com tudo isto, entende que devem ser respeitados de maneira ampla, os princípios da legalidade, presunção de inocência e devido processo legal, para poder afastar a discricionariedade arbitrária dos juízes na estipulação da prisão preventiva. Fazendo esta alteração, entende que se poderá dar mais um passo para alcançar o Estado Democrático de Direitos, conforme artigo 1º da Constituição Federal, para enxergar a todos os indivíduos como sujeito de direitos.

REFERÊNCIAS

- ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- BÁRTOLI, Márcio Orlando. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1764. Edição: Ridendo Castigat Moraes. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>> acesso em 24.10.16.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966.
- CALDEIRA, Felipe Machado. *A Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena*. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v 12, nº 45, 2009.
- COSTA, José Faria. *Habeas corpus: ou a análise de um longo e ininterrupto diálogo entre o poder e a liberdade*. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1999.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1998.
- DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Novo prazo máximo de prisão cautelar: 180 dias*. São Paulo: Boletim IBCCRIM. n.32, p. 03, ago. 1995.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense: 1998.
- FERRI, Enrico. *Princípios do Direito Criminal: o criminoso e o crime*. 2ª ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Luiz Flávio, MARQUES, Ivan Luís. (coord.). *Prisão e Medidas cautelares*. São Paulo: RT, 2011.

ILLUMINATI, Giulio. *Tutela da liberdade pessoal e exigências processuais na jurisprudência da Corte Constitucional italiana*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: jan/mar. 1999.

ISERHARD, Antônio Maria. *Caráter Vingativo da Pena*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

JUNIOR, Roberto Delmanto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro, São Paulo: RENOVAR, 2001.

KOEHLER Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Higino Duarte Pereira. Tomo I e II. Campinas: Russell Editores, 2003.

LOMBROSO, César. *O homem delinqüente*. Porto Alegre: Rivardo Lens, 2001.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. Editora Saraiva: 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

PASTOR, Daniel R. *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho: Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: AD-HOC, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1998.

PISANI, Mario; MOLARI, Alfredo; PERCHINNUNNO, Vincenzo; CORSO, Piermaria. *Manuale di procedura penale*. 2. ed. Bolonha: Monduzzi, 1994.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.