



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais – FAJS

KARINY SANTANA BESERRA

PRISÃO PREVENTIVA
PRAZO DE DURAÇÃO E A (DES)CONSTRUÇÃO
JURISPRUDENCIAL

Brasília

2018

Kariny Santana Beserra

**PRISÃO PREVENTIVA
PRAZO DE DURAÇÃO E A (DES)CONSTRUÇÃO
JURISPRUDENCIAL**

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

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos

Brasília/DF

2018

KARINY SANTANA BESERRA

**PRISÃO PREVENTIVA
PRAZO DE DURAÇÃO E A (DES)CONSTRUÇÃO
JURISPRUDENCIAL**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, como requisito obrigatório para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos

Brasília, _____ de _____ de 2018

Banca Examinadora

Professor Marcus Vinícius Reis Bastos
Orientador

Examinador Professor

Examinador Professor

A Deus, meu criador e fonte de toda a minha força. Aos meus pais, Mary e Gilberto (*in memorian*), serei eternamente grata por tudo que me proporcionaram. Ao meu avô, João Santana (*in memorian*), obrigada pela inspiração.

Agradeço ao meu professor e orientador
Marcus Vinícius Reis Bastos pela
paciência, compreensão e ensinamentos.

RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro incorporou diversos tratados internacionais de direitos humanos, incluindo-os na Constituição Federal de 1988. O direito à duração razoável do processo provem da Convenção Americana de Direitos Humanos e foi adicionado na Carta Magna no inciso LXXVIII no artigo 5º que traz a seguinte redação “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Tal garantia se faz ainda mais necessária em relação aos presos provisórios, que por muitas vezes, são segregados por anos sem condenação definitiva, invertendo o caráter de cautelaridade da prisão para penalização. Mesmo com a relativamente recente Lei 12.403/11, que trouxe diversas alterações no âmbito das prisões e medidas cautelares, a prisão preventiva, que é a prisão cautelar por excelência, permaneceu sem limitação. A jurisprudência tem aplicado critérios de razoabilidade e proporcionalidade para evitar o abuso na atuação do julgador e assim evitar também a constrição ilegal e excessiva dos presos preventivamente.

Palavras-chave: prisão preventiva - duração razoável do processo - presunção de não culpabilidade - excesso de prazo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 – GARANTISMO E PROCESSO PENAL	9
CAPÍTULO 2 - PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE E PRISÃO PREVENTIVA	19
CAPÍTULO 3 – PRAZO DE DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	32
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

O garantismo penal de Luigi Ferrajoli, busca um equilíbrio entre o respeito às liberdades individuais e a atividade estatal. A liberdade individual não pode ser desprovida de normas mas também não pode haver abuso nas ações do Estado, visto que a máquina estatal tem maior força que o indivíduo. A referida teoria traz garantias penais e processuais penais que buscam resguardar tanto os direitos do indivíduo como a prestação jurisdicional. Além disso, considera que o processo deve ser um meio de efetivação de garantias constitucionais e que a criação das prisões cautelares é uma forma de burlar o princípio da não culpabilidade pois as considera uma maneira de antecipação da pena.

O instituto da prisão preventiva, disposto no Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 e recepcionado pela Constituição Federal de 1988, é um tema de grande divergência doutrinária e jurisprudencial.

Como toda leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita à luz da Constituição Federal, do mesmo modo devem ser lidos os artigos 311 ao 316 do CPP. No que tange ao tema, os princípios constitucionais mais relevantes para essa interpretação são: presunção da não culpabilidade e duração razoável do processo.

Ao não estipular um prazo determinado de duração da prisão preventiva, ou até mesmo da duração razoável do processo, o legislador deu abertura para a relativização do princípio da duração razoável do processo e para o juiz se posicionar e decidir com base nos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, sobre excessos na segregação cautelar.

Não existe construção jurisprudencial acerca da definição de um determinado prazo que seja moderado para servir de base e homogeneizar as decisões. Não há dúvida de que em determinados casos a prisão cautelar é imprescindível, mas conforme a Lei 12.403/11, há preferência a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, utilizando a prisão somente como ultima ratio.

A discussão que ocorre na sociedade jurídica é sobre as razões que justificam uma dilatação da permanência da prisão preventiva em detrimento do princípio da não culpabilidade e da duração razoável do processo.

No primeiro capítulo deste trabalho, busca-se analisar o modelo garantista de Luigi Ferrajoli e a sua aplicação no âmbito do processo penal brasileiro. Como deve-se analisar a legislação processual penal diante das garantias constitucionais.

No segundo capítulo, serão observados o surgimento e a essência do princípio da não culpabilidade, os requisitos e hipóteses de cabimento da prisão preventiva, o local de cumprimento da segregação cautelar, além de tratar sobre a função precípua da prisão preventiva.

Por fim, no terceiro capítulo, será feito um exame dos prazos de duração das fases processuais quando o réu está preso, se há no ordenamento jurídico brasileiro alguma limitação temporal da prisão preventiva e como verificar um possível constrangimento ilegal. E ainda, como é possível a coexistência da prisão preventiva com as diretrizes garantistas e como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça enfrentam as questões relacionadas as alegações de excesso de prazo.

CAPÍTULO 1 – GARANTISMO E PROCESSO PENAL

O modelo garantista clássico é moldado a partir dos seguintes princípios: legalidade estrita, materialidade e lesividade dos crimes, responsabilidade pessoal, contraditório e presunção de inocência. A maior parte destes, é fruto das visões jurídicas iluministas e liberalistas e decorrem de diversas fontes como: direito natural, teorias contratualistas, positivismo jurídico e outras.¹

Apesar de toda essa diversidade das fontes, os princípios formam um sistema uno e harmônico, com o objetivo de garantir o maior grau possível de racionalidade e confiança no juízo e, dessa forma, limitar o poder de punir do Estado e tutelar a pessoa contra qualquer tipo de arbitrariedade.²

Os elementos constitutivos desse sistema são relativos à definição legislativa e à comprovação jurisdicional do delito, que correspondem ao conjunto de garantias penais e processuais que são o alicerce do sistema.³

O elemento relacionado à definição legislativa é o convencionalismo penal que é resultado do princípio da legalidade estrita. Para este princípio há duas exigências: a característica formal ou legal da definição do desvio de conduta e a característica empírica ou fática das possibilidades de desvio de conduta definidos legalmente. O desvio de conduta punível, conforme a primeira condição, é aquele que se apresenta formalmente pela lei como requisito para a aplicação de uma pena (*Nulla poena et nullum crimen sine lege*). Já para a segunda, a definição deve se dar a partir da configuração empírica e objetiva de comportamento (*Nulla poena sine crimine et sine culpa*).⁴

A primeira exigência é equivalente ao princípio da reserva legal (em matéria penal) e da consequente submissão do juiz à lei (em matéria processual). A segunda

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 37.

² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 38.

³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 38.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 38.

exigência está relacionada ao atributo absoluto da reserva legal, uma vez que a submissão do juiz é somente à lei.⁵

Nas palavras de Ferrajoli,

o princípio da legalidade estrita (Que é pressuposto do convencionalismo penal, que é pressuposto do sistema garantista), é proposto como uma técnica legislativa específica dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter “constitutivo” e não “regulamentar” daquilo que é punível.⁶

O convencionalismo penal tem sua essência e sua abrangência garantista a partir da concepção de que os desvios puníveis devem ser somente aqueles taxados pela lei, excluindo qualquer outro tipo de configuração. Partindo disso, conclui-se que a importância penal dada a certo fenômeno não é determinada pela verdade, justiça, moral ou natureza, mas sim exclusivamente pela letra da lei. A lei, por sua vez, deve considerar como um relevante penal qualquer conduta, mas somente aquela identificada exatamente na lei em conjunto com a culpabilidade do autor do desvio.⁷

O convencionalismo penal tem como consequência dois efeitos: o primeiro é uma garantia de liberdade assegurada por ser punível apenas o que está previsto em lei, sendo permitida, portanto, as demais condutas não previstas; o segundo é uma forma de igualdade jurídica pois os tipos penais devem ser todos objetivos, afastando os tipos subjetivos e possíveis práticas discriminatórias.⁸

O segundo elemento constitutivo do sistema garantista é o cognitivismo processual, que para ter efetividade deve ser associado ao primeiro elemento. Tal elemento é sustentado pelo princípio da estrita jurisdicionalidade, que possui duas

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 38-39.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 39.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 39.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 40.

exigências: a verificação ou refutação das teses da acusação e a comprovação prática por meio de procedimentos para alcançar a verificação ou refutação.⁹

Tanto para a observância do princípio da legalidade estrita, já mencionado anteriormente, como para o princípio da jurisdicionalidade estrita, é indispensável que tanto a lei como o juízo tenham caráter recognitivo das normas e cognitivo dos fatos. A jurisdicionalidade estrita tem como pressuposto lógico a legalidade estrita.¹⁰

Faz-se necessário que as teses acusatórias sejam baseadas nas provas e contraprovas produzidas, nos moldes da máxima *nullum iudicium sine probatione*.¹¹

O processo penal seria um processo de comprovação, onde um fato definido em lei como crime deve ter procedimento de provas seja sujeito a comprovação positiva ou negativa de fato ou de direito, para poder se alcançar a verdade ou falsidade processual.¹²

Nas palavras de Ferrajoli

todo o esquema epistemológico (...) ilustrado e o modelo penal garantista que nele se informa têm o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável. O juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptem perfeitamente a ela. A ideia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis, corresponde, (...) a uma ilusão metafísica.¹³

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 40.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 40.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 40-41.

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 41.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 42.

Apesar do sistema garantista ser falho e impossível de ser realizado na sua plenitude, nada impede que possa haver uma redefinição ou a satisfação em partes de suas técnicas, tanto legislativas como judiciais, e também dos seus princípios.¹⁴

A concepção clássica do garantismo, calcada no liberalismo e no iluminismo, é inviável na sua totalidade, porém, abarca princípios relevantes que podem ser buscados, ainda que de forma parcial. Este trabalho não tem por objetivo tratar da concepção clássica do garantismo, mas sim da concepção de Ferrajoli.

A teoria do garantista de Ferrajoli teve origem na Itália a partir de um movimento do uso alternativo do direito pela Magistratura Democrática. Teve uma grande influência nos direitos humanos pois considera o acusado como sujeito de direitos que devem ser tutelados pelo Estado, tanto na fase investigatória como na fase propriamente processual. Além disso, a produção, interpretação e aplicação da lei deve ter correlação aos princípios constitucionais dos Estados Democráticos respectivos.¹⁵

Na visão de Ferrajoli, ao se tratar do garantismo, tanto na Constituição italiana como em diversas outras, é possível tratá-lo como uma medida de justiça, racionalidade e legitimidade da intervenção punitiva estatal. Na prática, não é o que ocorre no âmbito da lei penal ordinária, na jurisprudência e, menos ainda, nas atividades policiais. A discordância entre o modelo constitucional e a ineficiência nos níveis infraconstitucionais pode tornar o garantismo sem utilidade, presente apenas na Constituição como uma simples alusão de proteção do Estado democrático de direito.¹⁶

Luigi Ferrajoli define o garantismo em três significados.

O primeiro está relacionado a

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 43.

¹⁵ FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Juspodivm, 2010. p. 35.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 785.

um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do *Estado de direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.¹⁷

Assim, o garantismo pode ser definido como uma característica fundamental do Estado Democrático de Direito pelo seu paradigma ser o princípio da legalidade. Além disso, o garantismo é a busca pelo poder mínimo estatal, pela redução da violência e potencialização da liberdade e pelo respeito dos direitos fundamentais em detrimento da atividade punitiva estatal. Em consequência, todo o ordenamento jurídico penal deve se amoldar ao garantismo e torná-lo efetivo.

O segundo conceito do garantismo é “uma *teoria jurídica*, da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si mas, também, pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas.”¹⁸

Não basta apenas a existência das normas garantistas que expressam direitos fundamentais, é imprescindível a aplicação efetiva. Um ordenamento jurídico garantista não se faz apenas por normas escritas, é aquele que cumpre os mandamentos constitucionais tanto nas legislações infraconstitucionais como na aplicação dessas normas no plano prático.

O garantismo propõe uma aproximação teórica que visa manter a distanciação do ser e do dever ser no âmbito do direito, além de, expor como a questão principal, a falta de coerência nos ordenamentos jurídicos que possuem modelos normativos aparentemente garantistas e exercício funcional com tendências antigarantistas.¹⁹

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 785-786.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 786.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 786-787.

O ponto principal do garantismo, posto como uma doutrina jurídica, seria a legitimação, em especial, a perda da legitimação interna do direito criminal. É tarefa dos magistrados e juristas a observância crítica das leis devido a duplicidade de visão normativista e fática.²⁰

O terceiro significado é voltado para designação de “uma *filosofia política* que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade.”²¹

Este conceito fundamenta-se na dissolução entre direito e moral e entre validade e justiça.²²

Os três conceitos de Luigi Ferrajoli abordam os elementos principais da teoria geral do garantismo: a existência da vinculação do poder público no Estado de direito, a dissonância entre os mandamentos constitucionais e as leis infraconstitucionais que têm como consequência uma forma de ilegitimidade jurídica dos exercícios normativos de nível inferior à Constituição e a diferença entre a visão ético-político e jurídica.²³

Além dos conceitos, Ferrajoli também apresenta os dez axiomas, que também podem ser chamados de princípios, que baseiam o sistema garantista. De antemão, afirma que não se trata de axiomas prescritivos e sim assertivos, ou seja, trata-se de termos de dever ser. Também não são provenientes um do outro.

São eles: 1) Princípio da retributividade: se relaciona às consequências penais em relação ao crime. 2) Princípio da legalidade: não se pode haver punição sem previsão expressa em lei e tal punição deve estar em conformidade com a Constituição vigente. 3) Princípio da necessidade ou da economia do direito penal: o direito penal deve funcionar como *ultima ratio*, priorizando a resolução dos conflitos por outros meios. 4) Princípio da lesividade ou da ofensividade: além de preencher o quesito da tipicidade, o crime tem que causar lesão ao bem jurídico tutelado. 5)

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 787.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 787.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 788.

²³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 788-789.

Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação: somente a conduta do indivíduo deve ser punida, jamais poderá punir o indivíduo, exclusivamente, por suas características subjetivas. 6) Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal: a culpa do acusado deve ser comprovada de forma concreta e caso haja dúvida deve prevalecer o in dubio pro reo, e se eventualmente for condenado, a pena não pode ultrapassar a pessoa do acusado. 7) Princípio da jurisdicionariade: a aplicação da lei penal só pode ser feita por aquele investido de jurisdição de acordo com o mandamento constitucional. 8) Princípio acusatório: remete a separação e distinção das figuras do julgador e do acusador. 9) Princípio do ônus da prova: cabe a acusação provar a culpa do acusado e não ao acusado provar sua inocência. 10) Princípio do contraditório: é direito fundamental do réu saber a acusação que recai sobre ele e também tem o direito de se defender de tal acusação. ²⁴

Fischer, afirma que, no sistema garantista de Ferrajoli, os princípios/axiomas são um modelo dinâmico para a composição da proteção constitucional dos bens e valores tutelados e se resume em defesa de direitos e garantias fundamentais, tanto individuais como coletivos, e exigência de realização dos deveres fundamentais. ²⁵

Além dos princípios/axiomas gerais do garantismo, divide-se as garantias em garantias penais e garantias processuais penais.

As garantias penais estão relacionadas a substância do crime, ou seja, está relacionada aos elementos do crime: a lesão, a conduta e a culpabilidade. Por isso são chamadas de garantias substanciais. Já as garantias processuais penais estão relacionadas a jurisdição, quando julgar e de que forma julgar, e por isso, são chamadas de garantias instrumentais. Ambas as garantias não podem ser valoradas por si mesmas, pois funcionam em conjunto para uma efetividade recíproca. ²⁶

Neste trabalho serão discutidas apenas as garantias processuais penais pois são pertinentes ao tema.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 91.

²⁵ FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Juspodivm, 2010. p.31.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 494-495.

As garantias processuais penais são identificadas a partir dos seguintes questionamentos: quando e como julgar. Desses questionamentos surgem os princípios referentes a presunção de inocência, a separação entre julgador e acusação, o ônus da prova que pertence a acusação e o direito de defesa ao acusado.

27

No âmbito das garantias processuais penais, a mais importante e da qual se derivam todas as outras é a submissão à jurisdição, expressa pelo axioma *nulla culpa sine iudicio* (Não há culpa sem juízo).²⁸

A submissão à jurisdição se divide em sentido amplo que está relacionada a ausência de culpa sem juízo e em sentido estrito que está relacionada a tese de que não pode haver juízo sem uma acusação amparada por provas e, para equilibrar, a contraposição em relação a acusação.²⁹

Para Geraldo Prado, o garantismo penal possui uma epistemologia diferenciada, na qual a jurisdição em sentido amplo é constituída e assegurada pela presunção de inocência, reserva de jurisdição e habeas corpus e jurisdição em sentido estrito que é comporta o contraditório, a distribuição do ônus da prova e a defesa concreta do acusado.³⁰

Em sentido amplo é exigida por qualquer processo, seja acusatório ou inquisitorial, e é definida pelo próprio axioma geral da submissão à jurisdição que é o *nulla culpa sine iudicio*. Para integrar esse tipo de submissão à jurisdição, são necessárias as garantias chamadas de orgânicas, que é pertinente à figura do juiz, tanto em relação a sua própria formação como em relação aos demais poderes estatais e às outras figuras processuais. Pode-se citar como garantias orgânicas: o isolamento entre julgador e acusação; a imparcialidade, independência e

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 495.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 495.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 505.

³⁰ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A conformidade das leis processuais penais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.45

responsabilidade do juiz; o juiz natural e outras. Observa-se que as garantias orgânicas são aplicáveis a todo tipo de processo, não somente o penal.³¹

Seguindo o pensamento de Aury Lopes Jr. é possível afirmar que a garantia de jurisdição (em sentido amplo) vai muito além da figura do juiz, exige-se algumas qualidades que devem estar presentes. O juiz deve ser natural, ou seja, o juiz que procedeu a instrução deve ser o mesmo que proferirá a sentença, deve ser imparcial, devido ao ordenamento jurídico brasileiro adotar o sistema acusatório onde o juiz e acusação têm atribuições distintas, e deve respeitar os mandamentos constitucionais, pois está submetido a eles e distanciado do julgamento por razões políticas.³²

Aury Lopes Jr. faz uma crítica em relação a imparcialidade do juiz, que ao seu ver, num sistema verdadeiramente acusatório, só é possível haver imparcialidade plena quando, além da separação entre julgador e acusador, houver um distanciamento do juiz no que diz respeito as fases de investigação e de instrução probatória.³³

Já em sentido estrito pressupõe um processo acusatório e abrange as teses de *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione e sine defensione* (Não há juízo sem acusação, sem provas e sem defesa). Nesse sentido, as garantias são chamadas de procedimentais pois busca a definição do juízo cognitivo, também chamado de modelo de estrita submissão à jurisdição ou processual garantista. As garantias procedimentais se referem à formação do juízo, isto é, à fase de provas, a defesa e ao convencimento do juiz, por exemplo: resposta à uma acusação já determinada, contraditório, defesa, motivação dos atos do juiz e outros.³⁴

O modelo cognitivo ou garantista ou de estrita submissão à jurisdição é norteado pela busca da verdade processual, mesmo que esta seja relativizada. O pressuposto indispensável para esse modelo é a demonstração da verdade ou falsidade empírica das teses acusatórias. Dessa forma, é possível obter uma verdade mínima e garantir a presunção de não culpabilidade até prova em contrário, ônus da

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 496-497.

³² LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. 2015. São Paulo, Editora Saraiva. p. 58.

³³ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. 2015. São Paulo, Editora Saraiva. p. 63.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 496-197.

prova de responsabilidade da acusação, in dubio pro reo, contraditório, defesa contra a acusação e publicidade dos procedimentos de prova.³⁵

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 498.

CAPÍTULO 2 - PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE E PRISÃO PREVENTIVA

O princípio da presunção de inocência teve origem tradicional da *commom law*, sendo ratificado pelas ideias liberais que basearam a reforma do sistema penal do século XVIII, especificamente no artigo 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, nos seguintes termos: “Sendo todo homem presumido inocente, se for julgada indispensável a sua prisão, todo rigor desnecessário à sua segregação deve ser severamente reprimido pela lei.” Posteriormente, sua essência foi repetida no artigo XI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Organização das Nações Unidas que apresenta a seguinte redação: “Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.” E também, mais recentemente, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto nº 678/92) no parágrafo 2º do artigo 8º, na seguinte redação: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.³⁶

A partir de então, o referido princípio foi inserido em diversas constituições modernas, como do Canadá, da Espanha, da Itália, entre outras, inclusive do Brasil.
37

Na Constituição Brasileira de 1988, o princípio da presunção de inocência presente nos Tratados Internacionais, foi inserido no inciso LVII do artigo 5º, que garante que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”³⁸

³⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.321.

³⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.321.

³⁸ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 321.

Nos Tratados Internacionais o princípio é denominado como presunção de inocência, já na Constituição Federal é denominado como presunção de não culpabilidade, posto que em nenhum momento há referência à palavra inocência.³⁹

Alguns magistrados e doutrinadores fazem distinção entre o princípio da não culpabilidade e a presunção de inocência. O Ministro Ayres Britto inseriu a seguinte distinção no julgamento do Habeas Corpus 101.909/MG:⁴⁰

Como já afirmei em outras oportunidades, penso que esse dispositivo constitucional trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não-culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não-culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, enquanto não sobrevém o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o indivíduo permanece investido nesse direito material à presunção de não-culpabilidade. Não foi por acaso que a Constituição preferiu a locução presunção de não-culpabilidade ao fraseado presunção de inocência. É que a presunção de inocência é muito carregada de sentido coloquial. Todos nós dizemos assim prosaicamente: “o homem é inocente até prova em contrário”. A Constituição não se contentou com isso. O indivíduo é inocente, não só até prova em contrário. Para que ele deixe de ser inocente é necessário que a prova contra sua não-culpabilidade seja validamente produzida em Juízo, debaixo do devido processo legal, a incorporar as garantias do contraditório e da ampla defesa e, afinal, acolhida, na sua robustez, por uma sentença penal que alcance essa fase última do trânsito em julgado. Tudo isso conjugadamente, para vitalizar o encarecido direito à presunção de não culpabilidade. Portanto, esse direito à presunção de não-culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência.

Como explica Renato de Lima, a Constituição ao adotar o termo da não culpabilidade torna a presunção mais ampla pois será ampliado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. De forma diversa, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe sobre a presunção até a comprovação da culpa, assim a presunção poderia ser afastada na fase recursal com prolação de acórdão condenatório, ressaltando que há necessidade apenas da comprovação da culpa. Como a própria Convenção Americana assenta que suas normas não deverão ser

³⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 14.

⁴⁰ STF - HC: 101909 MG, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 28/02/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012.

interpretadas de maneira a restringir direitos e nem poderão impedir a aplicação de norma mais favorável de direito interno, pode-se concluir que prevalecerá o mandamento constitucional.⁴¹

Porém, a maioria da doutrina e da jurisprudência utiliza os termos supracitados como sinônimos. Conforme Gustavo Badaró, a tentativa de distinção dos termos é completamente improdutiva, devendo reconhecer a correspondência entre os termos.

42

Como já demonstrado, há uma diferença entre presunção de inocência e não culpabilidade, porém, neste trabalho os termos serão considerados equivalentes.

Quanto ao conceito de presunção de inocência, nas palavras de Antônio Gomes Filho⁴³

a presunção de inocência traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação; antes da sentença final, toda antecipação de medida punitiva, ou que importe o reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio fundamental.

Já Rogério Tucci, trata o princípio da não culpabilidade, também denominado tecnicamente como o direito à não consideração prévia de culpabilidade, como o direito que assegura que, até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o imputado será apontado como inocente.⁴⁴

Aury Lopes Jr, caracteriza a presunção de inocência como um princípio fundamental de civilidade, com intenção única de proteção ao indivíduo, mesmo que para isso ocorra, esporadicamente, a impunidade de culpado porque o objetivo central é a proteção de todos os indivíduos inocentes, sem qualquer ressalva. Além dessa caracterização, Aury faz uma crítica em relação as prisões cautelares: “Essa opção

⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 14-15.

⁴² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.283.

⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.283.

⁴⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 320-321.

ideológica, em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, visto que decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro.”⁴⁵

Dessa forma, a presunção de inocência é um dever de tratamento visto que todos devem ser tratados como inocentes e tem funções internas e externas ao processo. Internamente é um dever de tratamento relacionado ao juiz, primeiramente, e significa que o ônus da prova deve ser inteiramente da acusação posto que a inocência não se prova porque já é presumida e que qualquer tipo de dúvida deve resultar em absolvição. Externamente significa uma proteção contra a mídia no sentido de que não pode haver publicidade abusiva e, principalmente, não pode haver estigmatização do indivíduo.⁴⁶

Renato de Lima, divide o princípio da presunção de inocência em duas regras: regra probatória/de juízo e regra de tratamento. A regra probatória define que a acusação tem a responsabilidade de provar a culpa do indivíduo e não o indivíduo que deve provar sua inocência, comprovar a existência dos fatos presentes na peça de acusação e garante que o acusado não pode ser obrigado a colaborar com a investigação, além disso, pode também ser confundida com o *in dubio pro reo* quando houver dúvida relevante sobre a culpabilidade do acusado. A regra de tratamento impede qualquer precipitação do juízo condenatório acerca do acusado; trata-se da presunção de inocência em si.⁴⁷

O princípio da presunção de inocência foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro somente na Constituição de 1988, de uma maneira mais ampla e sob a denominação de princípio da não culpabilidade, o que acabou gerando maior proteção à pessoa, já que garante a não culpabilidade até a ocorrência do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Também pode-se abstrair desse princípio: o *in dubio pro reo*, a proteção do acusado contra o julgamento midiático e também contra a rotulação da sociedade antes de sentença condenatória irreversível.

⁴⁵ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23.

⁴⁶ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23-24.

⁴⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 15-17.

Além do estudo do princípio da não-culpabilidade aplicado à prisão preventiva, é imprescindível o estudo da cautelaridade no âmbito do processo penal brasileiro.

Não se verifica o processo cautelar no processo penal brasileiro, mas, verificam-se as medidas cautelares e prisões cautelares. Tais medidas podem ser definidas como probatórias, para preservação dos elementos de prova; patrimoniais, para evitar dilapidação com o objetivo de fuga de possível indenização à vítima e, por fim, as de caráter pessoal, que determinam a privação da liberdade do investigado ou acusado. As medidas cautelares de caráter pessoal devem ser interpretadas com base nos preceitos constitucionais, em especial, o da não-culpabilidade. Assim, tem como características a excepcionalidade, necessidade concreta, previsão legal expressa e jamais podem ser satisfativas.⁴⁸

No âmbito das prisões cautelares, além do princípio da não culpabilidade, destacam-se diversos outros princípios como: jurisdicionalidade, motivação, contraditório, provisoriedade, provisionalidade, excepcionalidade e proporcionalidade. Tais princípios permitem uma convivência entre as prisões cautelares (prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória) e o direito a presunção de inocência.⁴⁹

Na esfera das prisões penais, o ordenamento pátrio possui dois tipos de prisão: a prisão-pena, consistente no cumprimento de pena privativa de liberdade advinda de sentença penal condenatória transitada em julgado, e as prisões cautelares, que são decretadas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória sob o argumento de assegurar a eficiência das investigações ou do processo. As prisões cautelares são divididas em: prisão flagrante, prisão temporária e prisão preventiva.⁵⁰

Renato de Lima caracteriza a prisão flagrante prevista no inciso LXI, artigo 5º da Constituição Federal e nos artigos 301 e seguintes do Código de Processo Penal

51

⁴⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães. MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal – lei n. 12.403/2011*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 34-35.

⁴⁹ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31.

⁵⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 87.

⁵¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 187.

como uma medida de autodefesa da sociedade, consubstanciada na privação de liberdade de locomoção daquele que é surpreendido em situação de flagrância, a ser executada independentemente de prévia autorização judicial.

Aury Lopes Jr., ao contrário da doutrina majoritária, define a prisão flagrante não como uma prisão cautelar, mas como prisão de caráter pré-cautelar, pois não tem função de garantia do processo penal, tem função apenas de colocar o detido à disposição do juiz, para que ele decida pela aplicação ou não de medida cautelar adequada, e esta sim será para a garantia do resultado do processo.⁵²

A prisão temporária, nas palavras de Renato de Lima⁵³

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente durante a fase preliminar de investigações, com prazo preestabelecido de duração, quando a privação da liberdade de locomoção do indivíduo for indispensável para a obtenção de elementos de informação quanto à autoria e materialidade das infrações penais mencionadas no artigo 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89, assim como em relação aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/90, artigo 2º, §4º), viabilizando a instauração da *persecutio criminis in judicio*

A prisão temporária só pode ser decretada durante a fase de investigações e com prazo estabelecido em lei, sendo 5 dias prorrogável por mais 5 nos casos previstos no artigo 1º da Lei nº 7.960/89 e no caso dos crimes hediondos e equiparados serão 30 dias prorrogável por mais 30, conforme §4º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90. Sempre deverá ter justificativa para decretação e extrema necessidade.

Também no campo das prisões cautelares, tem-se a prisão preventiva que é o tema central deste trabalho.

Renato de Lima define a prisão preventiva como⁵⁴

⁵² LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 50.

⁵³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 323.

⁵⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 247.

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

O instituto da prisão preventiva está presente no Código de Processo Penal desde 1941. Até o ano de 1967, a prisão preventiva era dividida em duas espécies, a obrigatória/compulsória e a facultativa. No caso da compulsória, bastava a satisfação dos pressupostos genéricos (existência do crime e indícios suficientes de autoria) e que a pena máxima cominada ao delito fosse igual ou superior a dez anos de reclusão, o magistrado era obrigado a decretar a preventiva, como ordenava o artigo 312 (A prisão preventiva **será** decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.). Já a facultativa, era a modalidade oposta à compulsória, que ficava adstrita a outros requisitos distintos, como para a garantia da ordem pública (artigo 313), além do atendimento aos pressupostos genéricos. Após o ano de 1967, a prisão preventiva compulsória foi abolida, prevalecendo a facultativa que deu a base para a prisão preventiva atual.⁵⁵

As prisões cautelares, em especial a prisão preventiva, sofreram diversas alterações com o passar do tempo, em especial com a relativamente recente Lei nº 12.403/11. Antes de 2011, para a decretação da prisão preventiva, além da observância do artigo 312 do CPP, que autorizava a prisão preventiva quando houvesse indícios suficientes de autoria e materialidade e nas circunstâncias de garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, ainda era necessário que o crime estivesse no rol do artigo 313 do CPP, que apresentava a seguinte redação:

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

⁵⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 473-479.

I - punidos com prisão; (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. (Incluído pela Lei nº 11.340, de 2006)

Em suma, era cabível na maioria dos crimes previstos no Código Penal Comum. Além da adequação do crime à uma das hipóteses do artigo 313, era imprescindível a presença das circunstâncias de fato demonstradas no artigo 312 do CPP, que possuía a mesma redação atual.

Com a entrada em vigor da Lei nº12.403/11, além da comprovação do *fumus comissi delicti* (indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do delito) e do *periculum in mora*, definido como as situações de garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, garantia da aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal, se fez necessário a demonstração e justificação da inaplicabilidade de medida cautelar diversa da prisão.⁵⁶

Eugênio Pacelli declara que é imprescindível a adaptação do caso concreto nas circunstâncias de fato do artigo 312 do CPP, que não teve mudanças na sua redação, e nas limitações do artigo 313 do CPP, que passou a ser mais restrito a partir da redação da Lei nº 12.403/11:⁵⁷

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-

⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 876.

⁵⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 550.

Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

E ainda, é possível a decretação da prisão preventiva nos moldes do artigo 282, §4º do CPP, que dá poder ao juiz de decretar, em último caso, a prisão preventiva quando a medida cautelar for descumprida ⁵⁸

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

Em relação ao momento da decretação da preventiva, é possível ocorrer na fase processual de ofício pelo juiz ou a requerimento do Ministério Público, querelante ou assistente de acusação e na fase investigativa por requerimento do Ministério Público, do querelante ou assistente de acusação ou por representação da autoridade policial. Importante ressaltar que não é possível a decretação de ofício pelo juiz na fase investigativa. ⁵⁹

Aury Lopes Jr. faz a seguinte crítica ao legislador que permitiu que a prisão preventiva seja decretada de ofício pelo juiz⁶⁰

⁵⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 550.

⁵⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 253.

⁶⁰ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 86-87.

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece da posição totalmente ativa e atuante do inquisidor e a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia. Assim, ao decretar uma prisão preventiva de ofício, assume o juiz uma postura incompatível com aquela exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, com a estética de afastamento que garante a imparcialidade.

Existe ainda, no artigo 314 do Código de Processo Penal, a proibição de decretação da prisão preventiva se o juiz verificar, de acordo com as provas dos autos, a presença de alguma das excludentes de ilicitude, que são: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito; todas previstas no Código Penal. A razão dessa vedação é que, uma vez que o juiz compreenda a grande probabilidade de absolvição do agente vislumbrada pelo artigo 386, inciso VI do CPP, não faz sentido mantê-lo preso preventivamente. A doutrina expande, por analogia, essa vedação para as hipóteses de exclusão de ilicitude previstas na parte especial do CP e em leis extravagantes.⁶¹

Na visão de Renato Brasileiro de Lima, também é possível estender essa vedação as hipóteses de exclusão de culpabilidade, exceto no caso da inimputabilidade (artigo 26, caput, do CP) pois dependendo da sua periculosidade pode haver internação provisória (artigo 319, inciso VII, CPP). Em suas palavras⁶²

(...) o próprio Código de Processo Penal autoriza a absolvição sumária do agente quando o juiz verificar a existência manifesta de causa excludente de culpabilidade do agente, salvo a inimputabilidade (CPP, art. 397, II), seria de todo desarrazoado permitir-se a decretação da prisão preventiva em tal situação.

A respeito do lugar de recolhimento do preso, o inciso XLIX do artigo 5º da Constituição Federal garante que a integridade física e moral do preso será

⁶¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 899-900.

⁶² LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 899-900.

respeitada. Diante disso, há uma separação entre presos provisórios e presos definitivos. Presos provisórios são aqueles recolhidos em decorrência de prisão temporária ou prisão preventiva, já os presos definitivos são aqueles que foram processados, julgados e condenados a pena privativa de liberdade.⁶³

Além disso, o Brasil ratificou o Pacto de San José da Costa Rica, que em seu artigo 5º estabelece que os presos provisórios e definitivos devem ficar separados e devem ter tratamentos distintos em razão da condição de não condenados dos presos provisórios.⁶⁴

Ressalta-se que a Lei de Execução Penal é aplicável ao preso provisório conforme o parágrafo único do artigo 2º, possuindo praticamente os mesmos direitos e deveres do condenado definitivo.

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), no seu artigo 102 determina que os presos provisórios serão recolhidos em cadeia pública. Diferente dos presos condenados que devem cumprir a pena em penitenciária, colônia agrícola, industrial ou similar ou casa de albergado, conforme o regime de cumprimento de pena fixado pelo juiz.

Atualmente, no lugar das cadeias, foram criados os centros de detenção provisória que possuem uma estrutura maior e semelhante à penitenciária.⁶⁵

O artigo 103 da LEP determina que “cada comarca terá, pelo menos 1 (uma) cadeia pública a fim de resguardar o interesse da Administração da Justiça Criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar.” Conforme Avena, o interesse da Administração da Justiça Criminal está relacionado a simplificação da colaboração do preso em providências no âmbito do inquérito e do processo e a permanência em local próximo ao seu meio social e familiar é por não haver sentença condenatória transitada em julgado, respeitando o princípio da não

⁶³ MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 144-145.

⁶⁴ MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 144-145.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.p.990.

culpabilidade. No entanto, essa permanência não é absoluta, podendo o juiz decidir de forma diversa conforme o caso concreto.⁶⁶

Finalmente, o artigo 104 da LEP estabelece que a cadeia pública deverá ficar localizada nas proximidades de centro urbano e deverá respeitar as regras de construção, como celas individuais, sanitário, lavatório, área mínima de seis metros quadrados e etc. Porém, na prática, tais regras não são obedecidas nos estabelecimentos penais do Brasil, onde há celas com superlotação e sem condições mínimas de higiene.

O artigo 295 do CPP prevê a chamada prisão especial que, segundo Aury Lopes Jr., consiste numa forma de cumprimento da prisão preventiva e não uma espécie de prisão cautelar. É uma prerrogativa de algumas pessoas em razão de cargo, função, qualificação profissional ou pelo exercício da função de jurado, para que, caso tenham sua liberdade tolhida em decorrência de prisão preventiva, possam gozar de um local separado da prisão comum. Ocorrendo trânsito em julgado de sentença condenatória, não há que se falar em prisão especial, pois o condenado será tratado de forma igualitária e cumprirá a pena conforme o regime fixado em sentença.

67

Destaca-se que o rol previsto no artigo supracitado é apenas exemplificativo, pois há previsão de prisão especial em leis especiais.

No tocante ao inciso X do artigo 295 do CPP que se refere aos jurados, há entendimento de que houve revogação tácita com o advento da Lei nº 12.403/11 que alterou a redação do artigo 439 do CPP. Antes da referida lei, o artigo 439 possuía a seguinte redação: “O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo.”, afirmando expressamente o que já era previsto no inciso X do artigo 295 do CPP.

A modificação feita pela Lei 12.403/11, acabou por retirar a parte final do artigo 439, que passou a ter a seguinte redação: “O exercício efetivo da função de jurado

⁶⁶ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Execução penal: esquematizado*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 185.

⁶⁷ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 138-139.

constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral.”, diante de tal alteração a doutrina entende que o inciso X do artigo 295 foi revogado tacitamente, mas é garantida a prisão especial àqueles que exerceram a função de jurados antes da Lei 12.403/11 em respeito ao direito adquirido.⁶⁸

O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu jurisprudência no sentido de que caso não haja estabelecimento específico para o preso especial, este deverá ser recolhido em cela separada na prisão comum, de forma individual ou coletivamente com outros presos especiais

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A

SUPREMA CORTE. PROCESSO PENAL. EXTORSÃO COM RESULTADO MORTE. CONDENADO PORTADOR DE CURSO SUPERIOR. PRISÃO ESPECIAL. CONDIÇÕES LEGAIS SATISFEITAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE PRISÃO DOMICILIAR DESCABIDO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

4. Assim, não havendo vagas ou inexistindo na localidade unidades prisionais que se prestam exclusivamente para a guarda de presos especiais, a manutenção do acautelamento em acomodações que atendam esses requisitos cumpre as exigências legais, sendo descabido deferir a prisão domiciliar.

5. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.⁶⁹

A prisão preventiva tem a função de proteção da persecução penal, tanto na fase inquisitorial como processual, buscando evitar possíveis condutas do suposto autor ou terceiros que podem prejudicar a efetividade do inquérito e do processo.⁷⁰

A prisão preventiva e as demais prisões cautelares jamais poderão ter a função de punição, visto que não há condenação. A função é restrita à proteção da investigação e do iter procedimental.

⁶⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 821.

⁶⁹ HC 231.768/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 16/11/2012.

⁷⁰ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 549.

CAPÍTULO 3 – PRAZO DE DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº 678/92), dispõe no seu artigo 7º que toda pessoa detida deve ser conduzida, sem demora, à autoridade judicial para as devidas providências e tem direito a um processo com duração razoável, e caso essa duração seja excessiva, deve ser posta em liberdade, sem prejuízo da continuação do processo; podendo, inclusive, ser adotadas medidas para condicionar sua liberdade para garantir sua presença em juízo.⁷¹

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, foi introduzido ao artigo 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII, que traz a seguinte redação: “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”⁷²

Há entendimento no sentido de que a redação dada ao inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal sugere que não há que se falar em prazo aritmético e também há entendimento no sentido de que o processo em qualquer fase deve ocorrer em prazo razoável, ou seja, deve ser regido pelo princípio da razoabilidade.⁷³

Antes da reforma do Código de Processo Penal ocorrida em 2008, a jurisprudência fixou entendimento, a partir de um leading case do TJMG, de que o prazo razoável para duração do processo seria de 81 dias, sendo esses a soma dos prazos processuais do procedimento comum ordinário, iniciando-se no inquérito ou no momento da prisão e finalizando-se com a prolação da sentença. Tais prazos seriam

74

- a) Inquérito, 10 dias (art. 10, caput, CPP) ou 15 dias prorrogáveis por mais 15 se a competência for da justiça federal;
- b) Denúncia, 5 dias (art.46, caput, CPP);

⁷¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 288.

⁷² LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 288.

⁷³ FERNANDES, Humberto. *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 64-65.

⁷⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 288-289.

- c) Defesa Prévia, 3 dias (antiga redação do art. 395, caput, CPP);
- d) Inquirição de testemunhas, 20 dias (antiga redação do art. 401, caput, CPP);
- e) Requerimento de diligências, 2 dias (revogado art. 499, caput, CPP);
- f) Despacho do requerimento de diligências, 10 dias (revogado art. 499 c/c art. 800, §3º, ambos do CPP);
- g) Alegações das partes, 6 dias (revogado art. 500, caput, CPP);
- h) Diligências ex officio, 5 dias (revogado art. 502 c/c art. 800, inciso II, CPP);
- i) Sentença, 20 dias (revogado art. 502 c/c art. 800, §3º, CPP).

Adiante, o entendimento foi alterado no sentido de que esse prazo de 81 dias seria finalizado com a instrução criminal, pois entendia-se a instrução criminal como a fase de diligências complementares do revogado art. 499 do CPP. Por essa razão, houve a edição do enunciado nº 52 da Súmula do STJ: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.” Essa mudança do termo final, a doutrina entendeu como incompatível com o princípio da duração razoável do processo porque a instrução criminal não finaliza o processo.⁷⁵

Uma nova mudança ocorreu com o advento das Leis 11.686/2008 e 11.719/2008 que alteraram o procedimento comum ordinário. Assim, quando o acusado estiver preso, a contagem para o fim do processo passou a ser variável entre 95 e 185 dias, continuando a prisão cautelar como termo inicial. Dessa forma, com essa alteração, o novo prazo para conclusão do processo passou a ser dividido da seguinte forma⁷⁶

- a) Inquérito: estando o acusado preso o prazo de conclusão para o inquérito é de 10 dias ou, se competência da justiça federal, 15 dias prorrogáveis por mais 15; art. 10, caput do CPP e art. 66 da Lei 5.010/66, respectivamente
- b) Oferecimento da denúncia: 5 dias; art. 46, caput do CPP
- c) Recebimento da denúncia: 5 dias; art. 800, inciso II do CPP

⁷⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 290.

⁷⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 290-295.

- d) Resposta à acusação: 10 dias; art. 396, caput do CPP. Se não houver apresentação da resposta à acusação no prazo legal ou se o acusado não constituir defensor, o juiz nomeará defensor dativo e concederá novo prazo de 10 dias (art. 396-A, §2º, do CPP)
- e) Análise da resposta à acusação: 5 dias; art. 800, inciso II, CPP
- f) Designação de audiência de instrução e julgamento: se procedimento sumário, a audiência deverá ocorrer no prazo máximo de 30 dias (art. 531, caput, CPP.) e se procedimento ordinário, o prazo máximo é de 60 dias (art. 400, caput, CPP)
- g) Se o caso for complexo ou houver pluralidade de réus, o juiz poderá conceder um prazo de 5 dias para cada parte para apresentar memoriais (art. 404, parágrafo único, CPP), nessa ocorrência o prazo para sentenciar que é de 10 dias (art. 403, §3º, CPP) será prorrogável por igual período se houver justa causa. (art. 800, §3º, CPP)

É importante ressaltar que o prazo pode chegar a 185 dias diante da possibilidade de a prisão temporária no caso de crimes hediondos e equiparados ser decretada pelo prazo de 30 dias prorrogáveis por mais 30 (art. 2º, §4º da Lei 8.072/90).

No procedimento do Tribunal do Júri, em relação à sua primeira fase, o art. 412 do CPP determina que o procedimento será concluído no prazo máximo de 90 dias, porém, esse prazo não inclui os prazos relativos ao inquérito, que são: 10 dias no caso da justiça estadual (art.10, CPP), 15 dias prorrogáveis por igual período no caso da justiça federal (art. 66, Lei 5.010/66) ou 60 dias em caso de decretação da prisão temporária para crimes hediondos e equiparados (art. 2º, §4º da Lei 8.072/90). Assim, na primeira fase do Tribunal do Júri pode haver uma variação entre 100 dias na justiça estadual e 120 dias na justiça federal.⁷⁷

Já na segunda fase do Tribunal do Júri, não há previsão legal sobre o prazo para julgamento em plenário do acusado. A doutrina entende que um prazo razoável para esse julgamento seria de até 6 meses a partir do trânsito em julgado da decisão

⁷⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 295.

de pronúncia, aplicando por analogia o prazo para desaforamento previsto no art. 428 do CPP.⁷⁸

Nas palavras de Guilherme Nucci⁷⁹

Após a pronúncia, estando preso o acusado, não há período de tempo, expresso em lei, para que o julgamento se concretize. Entretanto, há o princípio – em nosso entendimento, constitucional, ainda que implícito – da duração razoável da prisão cautelar. Ora, se a prisão é a exceção e a liberdade, a regra, nada mais justificável que haja um limite para se manter alguém detido sem a devida condenação. Não se pode, entretanto, exigir um prazo rígido, nem se poder inventar um tempo qualquer, não previsto em lei. Demanda-se, entretanto, bom senso dos magistrados de todas as instâncias. Se, ilustrando, a contar seis meses do trânsito em julgado da pronúncia, o julgamento não se realizar, é cabível o pedido de desaforamento (art. 428, CPP), não se podendo segurar preso o réu em período superior aos referidos seis meses. Havendo desaforamento, ocorrerá o julgamento. Se for negado, ao menos, deve-se colocar o acusado em liberdade. Por outro lado, não se está defendendo a fixação do prazo de seis meses, mas apenas se busca fornecer um exemplo do que seria a procura pelo razoável

A Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13), trouxe no parágrafo único do artigo 22 a definição de um prazo, dito como razoável, para a instrução criminal, que seria de no máximo 120 dias, prorrogáveis por igual período, caso o réu estivesse preso. No entanto, a Jurisprudência, respaldada no princípio da razoabilidade, entende que esse prazo não é absoluto devido a complexibilidade da estrutura das organizações criminosas em razão da quantidade de pessoas envolvidas, crimes praticados e da diversidade de lugares.⁸⁰

A legislação atual não determinou nenhum prazo para a prisão preventiva. Entende-se que a prisão flagrante tem prazo de 24 horas em razão de ser o prazo para encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao juiz e também ser o prazo no qual deve ser entregue nota de culpa ao preso (art. 306, §1º e §2º, CPP), e a prisão temporária que tem prazo expresso nas respectivas legislações de 5 dias prorrogáveis

⁷⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 295-296.

⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 120.

⁸⁰ Silva, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei no 12.850/13*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

por mais 5 dias (Lei 7.960/89) ou 30 dias prorrogáveis por mais 30 se for o caso de crime hediondo (Lei 8.072/90).⁸¹

Mesmo com o advento da Lei 12.403/11, a prisão preventiva permaneceu sem prazo determinado. O único parâmetro que se encontra em lei é o previsto no artigo 316 do CPP, o qual determina que o juiz poderá revogar a prisão preventiva quando observar a ausência de motivos para sua manutenção e também pode decretá-la novamente caso constate novas razões que a justifique.

A jurisprudência se consolidou no sentido de que se deve utilizar como parâmetro a garantia da duração razoável do processo, as razões de imprescindibilidade e também as peculiaridades do caso concreto, como a pluralidade de réus e outras complexidades do processo.⁸²

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA NÃO CONFIGURADO. 1. Prisão preventiva decretada forte na garantia da ordem pública, presentes as circunstâncias concretas reveladas nos autos. Precedentes. 2. **A razoável duração do processo não pode ser considerada de maneira isolada e descontextualizada das peculiaridades do caso concreto.** 3. Agravo regimental conhecido e não provido.

(RHC 144522 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 01/12/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-289 DIVULG 14-12-2017 PUBLIC 15-12-2017)

Além das orientações jurisprudenciais, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 66 que determinou aos juízes de primeiro grau a realização de reanálise em relação à imprescindibilidade das prisões cautelares com duração superior a três meses.⁸³

⁸¹ BIANCHINI, Alice. CUNHA, Rogério Sanches. GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. MARQUES, Ivan Luiz. *Prisão e medidas cautelares: comentários à lei 12.403/11*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.141-143.

⁸² RHC 144522 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 01/12/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-289. DIVULGADO 14-12-2017. PUBLICADO 15-12-2017.

⁸³ BIANCHINI, Alice. CUNHA, Rogério Sanches. GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. MARQUES, Ivan Luiz. *Prisão e medidas cautelares: comentários à lei 12.403/11*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.141-143.

Como não existe prazo determinado, Nucci defende que devem ser observados dois critérios: razoabilidade e proporcionalidade. A razoabilidade se analisa a partir dos seguintes pontos: o rito do processo, a produtividade da Vara em que o processo tramita, a atuação da acusação e do juiz e o número de réus. A proporcionalidade se analisa pelos seguintes aspectos: gravidade real do crime, possível pena aplicada e circunstâncias pessoais do réu. Por esses dois critérios é possível perceber se há abuso ou não em relação ao tempo da prisão preventiva.⁸⁴

Ao assumir como parâmetro a razoabilidade e a necessidade para a efetivação da garantia da duração razoável do processo, é importante destacar que a Convenção Americana de Direitos Humanos, no caso das prisões cautelares, tem como termo inicial a fase investigatória, ou seja, para se chegar a um prazo razoável do processo deve-se computar o tempo das investigações ocorridas antes da fase judicial, já que o indivíduo pode ter sua liberdade tolhida nesse período em razão de prisão preventiva ou temporária.⁸⁵

No âmbito internacional, numa tentativa de se chegar a um prazo razoável do processo e de identificar se há excesso de prazo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, considera três indicadores: complexidade do caso concreto, conduta do acusado e conduta das autoridades do Poder Judiciário.⁸⁶

No Brasil, os Tribunais têm entendido que o excesso de prazo é exceção e pode ser identificado quando a demora do processo ocorrer em virtude de: diligências solicitadas somente pela acusação, letargia do Poder Judiciário e incompatibilidade com o princípio da razoabilidade.⁸⁷

Quando a acusação requer várias diligências que podem gerar lentidão no andamento processual, o acusado não pode ter sua liberdade tolhida, ora, não é justo que se mantenha o acusado preso diante de um excesso que não foi provocado por ele. Menos ainda se pode justificar um excesso de prazo devido a inércia do Poder

⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão, medidas alternativas e liberdade: comentários à lei 12.403/2011*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁸⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 33-37.

⁸⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 297.

⁸⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 298-299.

Judiciário, pois apesar do alto volume de trabalho dos magistrados, a prestação jurisdicional deve ser prestada respeitando o princípio da duração razoável do processo. E mais, caso o excesso ocorra por razões justificáveis, deve-se respeitar a proporcionalidade, principalmente no que tange às prisões preventivas, que não têm caráter sancionatório e, portanto, não podem ser usadas como antecipação da pena.

Como já foi mencionado anteriormente, não existe um prazo específico para a duração do processo e nem para a prisão preventiva, apenas um parâmetro com base nos princípios da razoabilidade e necessidade, respectivamente.

Conforme Renato Brasileiro, a soma dos prazos processuais previstos no Código de Processo Penal não é suficiente para a determinação de excesso de prazo na formação da culpa, pois cada caso concreto tem suas particularidades.⁸⁸

O Supremo Tribunal Federal aplica nas suas decisões o princípio da razoabilidade para fundamentar o excesso de prazo em razão de pluralidade de réus, desmembramentos, complexidade da causa e outros. Conforme a recente decisão:⁸⁹

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. EXCESSO DE PRAZO. INEXISTÊNCIA. 1. A parte recorrente não impugnou, especificamente, todos os fundamentos da decisão agravada, o que impossibilita o conhecimento do recurso, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 2. **A jurisprudência do Tribunal é pacífica no sentido de que a aferição de eventual demora na tramitação da ação penal depende das condições objetivas da causa (complexidade da causa, número de acusados e a necessidade de expedição de cartas precatórias, por exemplo).** Precedentes. 3. Na hipótese não ficou demonstrada injustificada demora ou mesmo desídia por parte do Poder Judiciário que autorize a concessão da ordem. 4. Agravo não conhecido.

(HC 144697 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 23/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 13-03-2018 PUBLIC 14-03-2018)

⁸⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática. 2 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 296

⁸⁹ HC 144697 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 23/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049. DIVULGADO 13-03-2018 PUBLICADO 14-03-2018

Na mesma linha do Supremo Tribunal Federal, têm decidido o STJ acerca da caracterização de constrangimento ilegal quando não houver fatores justificadores da dilação da instrução criminal:⁹⁰

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. EXCESSO DE PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. DEMORA INJUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. **2. O excesso de prazo para o término da instrução criminal, segundo entendimento jurisprudencial deste Tribunal, deve ser aferido dentro dos limites da razoabilidade, considerando circunstâncias excepcionais que venham a retardar a instrução criminal e não se restringindo à simples soma aritmética de prazos processuais. 3. In casu, não havendo indícios de que a demora pode ser atribuída à defesa e não sendo de alta complexidade os fatos apurados na ação penal originária, o atraso no término da instrução criminal caracteriza constrangimento ilegal, sanável por esta via, ratificando-se a liminar concedida durante o recesso forense.** Precedentes do STJ. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva. (HC 299.738/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 03/12/2014)

Como já mencionado no capítulo 1 deste trabalho, Ferrajoli desenvolveu sua teoria com base na divergência entre a prática das normas e as normas positivadas. O garantismo busca a efetiva satisfação dos direitos e garantias fundamentais, não apenas a sua mera inclusão no ordenamento jurídico. Partindo do princípio da legalidade e servindo de base para o Estado de Direito. Como diz, sabiamente, Aury Lopes Jr., “ao partir do princípio da legalidade, forma é garantia, logo, não há espaço para poderes gerais” .⁹¹

⁹⁰ HC 299.738/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 03/12/2014

⁹¹ LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.28.

Dentro dos direitos e garantias fundamentais, destaca-se um dos mais importantes para o âmbito penal, que é o princípio da presunção de inocência, denominado dessa forma na Convenção Americana de Direitos Humanos. No ordenamento jurídico brasileiro, foi inserido como princípio da não culpabilidade, com previsão constitucional no artigo 5º, inciso LVII.

Apesar dessa previsão constitucional, o legislador optou pela relativização de forma a proporcionar a coexistência do princípio da não culpabilidade com as possibilidades de prisão provisória.

Conforme Aury Lopes Jr., a prisão cautelar tem como fundamentos básicos: a motivação, jurisdicionalidade, excepcionalidade, proporcionalidade e provisoriedade. A motivação e a jurisdicionalidade estão atreladas e significam que toda prisão cautelar deve ser fundamentada e justificada conforme o caso concreto e só pode ser decretada pelo juiz competente, não cabendo a nenhuma outra autoridade a possibilidade de decretação de prisão provisória. A excepcionalidade significa que é preferível a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, deixando-a como último recurso. A proporcionalidade é a busca pelo equilíbrio entre o direito de liberdade do indivíduo e a eficácia do processo como resposta à sociedade. A provisoriedade está relacionada ao tempo de duração da prisão provisória, ou seja, a duração curta é devido a situação fática do momento, que uma vez desaparecida, cessa a necessidade da segregação cautelar, para não caracterizar pena antecipada.

92

Apesar de toda essa busca de coexistência das prisões cautelares com o princípio da não culpabilidade, Ferrajoli defende que, mesmo com a nomenclatura “prisão cautelar”, esta tem caráter de pena antecipada ainda pendente o processo, com o objetivo de resguardá-lo mas com efeito prático de retribuição social. Além disso, outra característica que desvia a finalidade das cautelares é a submissão do segregado ao sistema penitenciário, portanto, se fosse realmente uma cautelar, ao

⁹² LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.28-45.

seu ver, deveria ter como local de cumprimento localidades com boas condições de comodidade.⁹³

Como se sabe, no Brasil, o sistema prisional é precário e não raras as vezes em que o preso provisório está condição pior que a do preso definitivo.⁹⁴

Maria Kato, por sua vez, define o garantismo no sistema processual penal como o único caminho aceitável que deve ser seguido pelos operadores do direito para a busca da satisfação dos direitos fundamentais.⁹⁵

Partindo da análise dos capítulos anteriores, entende-se que é possível a correlação das prisões processuais com os princípios e garantias constitucionais, principalmente o princípio da não culpabilidade. Essa coexistência só viável quando respeitados os requisitos legais e analisadas as questões de necessidade e proporcionalidade em cada caso particularizado.

O Ministro Relator Celso de Mello no HC 93498/MS, explicou que a prisão preventiva como medida excepcional não confronta o princípio constitucional da não culpabilidade e que seu caráter cautelar é voltado para a prestação estatal, não para antecipação de pena.⁹⁶

E M E N T A: “HABEAS CORPUS” - PRISÃO CAUTELAR - FALTA DE ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO) - INDISPENSABILIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA DE RAZÕES DE NECESSIDADE SUBJACENTES À UTILIZAÇÃO, PELO ESTADO, DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE - INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO - IRRELEVÂNCIA, PARA EFEITO DE CONTROLE DE LEGALIDADE

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 711-717

⁹⁴ LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 43-44

⁹⁵ KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. A (des)razão da prisão provisória. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005. p.149

⁹⁶ HC 93498, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 17-10-2012 PUBLIC 18-10-2012

DA DECISÃO QUE DECRETA A PRISÃO CAUTELAR, DE EVENTUAL REFORÇO DE ARGUMENTAÇÃO ACRESCENTADO PELAS INSTÂNCIAS SUPERIORES - PRECEDENTES - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. PRISÃO CAUTELAR - CARÁTER EXCEPCIONAL. - **A privação cautelar da liberdade individual - cuja decretação resulta possível em virtude de expressa cláusula inscrita no próprio texto da Constituição da República (CF, art. 5º, LXI), não conflitando, por isso mesmo, com a presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII) - reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser ordenada, por tal razão, em situações de absoluta e real necessidade.** A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. Doutrina. Precedentes. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - **A prisão cautelar não pode - nem deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo** e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Precedentes. INADMISSIBILIDADE DO REFORÇO DE FUNDAMENTAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS SUPERIORES, DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR. A legalidade da decisão que decreta a prisão cautelar ou que denega liberdade provisória deverá ser aferida em função dos fundamentos que lhe dão suporte, e não em face de eventual reforço advindo de julgamentos emanados das instâncias judiciárias superiores. Precedentes. A motivação há de ser própria, inerente e contemporânea à decisão que decreta (ou que mantém) o ato excepcional de privação cautelar da liberdade, pois a ausência ou a deficiência de fundamentação não podem ser supridas "a posteriori". A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE COMO SE CULPADO FOSSE AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. **Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe**

tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.

(HC 93498, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 17-10-2012 PUBLIC 18-10-2012)

Partindo à análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça, no que se refere ao excesso prazo da prisão preventiva e ao seu conseqüente constrangimento ilegal, ressalta-se julgados referentes ao enunciado 21 da Súmula do STJ, que impede a alegação de excesso de prazo na formação da culpa caso o réu já tenha sido pronunciado.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO E QUADRILHA OU BANDO. PRONÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR E INÉPCIA DA DENÚNCIA. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NÃO CONHECIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO PROCESSUAL ENCERRADA. DIREITO A JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. DETERMINAÇÃO DE DESIGNAÇÃO DE DATA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA.

1. A matéria não analisada pelas instâncias ordinárias impede o conhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância. 2. De acordo com a Carta Magna, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5º, LIV). Além disso, "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei" (art. 5º, LXI). 3. Na hipótese, o largo tempo decorrido desde a decretação da prisão (4 anos e 10 meses), sem que o paciente tenha sido submetido ao Tribunal do Júri, implica violação ao devido processo legal, já que ele só pode ser considerado 'devido' quando observados os princípios constitucionais da duração razoável do processo e da dignidade da pessoa humana. 4. Constitui constrangimento ilegal a demora injustificável para a prestação jurisdicional, quando encerrada a instrução criminal, estando o réu preso preventivamente. 5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida para

desconstituir o decreto prisional cautelar, determinando a expedição de alvará de soltura, caso o paciente não esteja preso por outro motivo, devendo assumir o compromisso de comparecer a todos os atos do processo, não se ausentar do distrito da culpa sem autorização judicial e manter informado o Juízo de seu endereço residencial e de trabalho. Determinação de imediata designação pela Vara Única da Comarca de Rosana/SP de sessão de julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri.

(HC 117.466/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 26/04/2010)

Conforme o referido acórdão, o requerente foi denunciado e pronunciado pelos crimes de quadrilha ou bando armado e homicídio qualificado, nos termos dos artigos 121, §2º, I, IV e V c/c artigo 29 e artigo 288, parágrafo único, todos do Código Penal. Sua prisão temporária ocorreu no dia 24/05/2005 e foi posteriormente convertida em preventiva no dia 18/07/2005. Impetrou HC no Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual denegou a ordem no dia 09/11/2006, sob o argumento do alto nível de gravidade do delito e justificou a não ocorrência de excesso de prazo devido a pluralidade de réus. Após a pronúncia, interpôs recurso em sentido estrito no referido Tribunal, o qual negou provimento, mantendo a sentença de pronúncia. No mencionado writ, foram alegadas teses de inépcia da denúncia, a qual não interessa neste trabalho, e teses de ausência de pressupostos da prisão preventiva e seu excesso de prazo.⁹⁷

Não foram apreciadas as teses de inépcia da denúncia e ausência dos pressupostos da custódia cautelar pois não foram apreciadas nas instâncias ordinárias, o que levaria a uma supressão de instância. No que tange ao excesso de prazo, foi ressaltado que os demais corréus estavam em liberdade e que não se aplicaria o enunciado 21 da súmula do STJ, o qual prevê a impossibilidade de alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa após a pronúncia do réu, porque no caso em questão o réu estava preso há 5 anos sob custódia cautelar, sem qualquer previsão de julgamento, o que vai contra a garantia da duração razoável do processo e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras do Ministro relator: “Não há, portanto, justificativa razoável para se manter custodiado réu por quase 5 anos sem a definição de sua responsabilidade

⁹⁷ HC 117.466/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 26/04/2010

penal. Afinal, pode vir a ser inocentado pelo Conselho de Sentença. Como, nessa hipótese, justificar anos de constrição à sua liberdade, bem de resguardo constitucional?”⁹⁸

No caso em tela, a prisão preventiva foi revogada por excesso de prazo e foi determinado o comparecimento em juízo para atos processuais.

Apesar da orientação prevista no enunciado 21 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, entendeu-se que, a depender da situação em concreto, a garantia da duração razoável do processo é proeminente, em virtude da clara violação do princípio da dignidade da pessoa humana no que diz respeito à liberdade tolhida do réu. Verifica-se, então, a necessidade da aplicação do princípio da razoabilidade para se chegar a uma resposta estatal justa. Apesar de não haver prazo estipulado, não é coerente uma prisão cautelar com duração de 5 anos como no caso em questão, visto que a nenhuma das prisões cautelares deve ter caráter de antecipação de pena.

Observa-se em alguns julgados do STJ, a mitigação dos enunciados 21, 52 e 64 da sua súmula, prevalecendo a razoabilidade para a verificação do excesso ou não de prazo da formação de culpa.

Por outro lado, a mitigação dos referidos enunciados não é unânime, tendo julgados em sentido oposto.

CRIMINAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. EXCESSO DE PRAZO. SUPERVENIÊNCIA DE PRONÚNCIA. SÚMULA Nº 21 DO STJ. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

I. Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução. Súmula nº 21 do STJ. II. Mostra-se suficientemente fundamentada a decisão que decreta a prisão preventiva para garantia da aplicação da lei penal em hipótese de paciente que se esquia às determinações de comparecimento ao Tribunal, não atendendo as intimações. III. Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido.

⁹⁸ HC 117.466/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 26/04/2010

(RHC 31.515/PI, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012)

No RHC 31.515/PI, relatado pelo Ministro Gilson Dipp, o paciente estava segregado preventivamente há mais de 8 meses. Baseado apenas na confirmação da decisão de pronúncia que ocorreu em 11/10/2011, o relator apenas seguiu a orientação do enunciado 21 da súmula do STJ, que traz a seguinte redação: “pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”, sem analisar o caso concreto.⁹⁹

Aplicação da lei deve ser feita em consonância ao caso concreto, de forma motivada, não apenas com citação de norma. É necessária a adequação da medida de acordo com as peculiaridades do caso em questão. Toda decisão judicial deve ser motivada, principalmente se esta tiver condão de afetar direitos e liberdades individuais protegidos constitucionalmente.¹⁰⁰

Além da motivação, é importante destacar o momento da edição do referido enunciado, que ocorreu antes da integração da Convenção Americana de Direitos Humanos. Nas palavras de Tourinho Neto e Emerson Oliveira¹⁰¹

De se destacar, outrossim, que a edição tanto da Súmula 52 (DJU 24/9/1992) e da Súmula 21 (DJU 11/12/1990) se deu em momento anterior à incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) à ordem jurídica interna pelo Decreto 648/1992 (DOU 9/12/1992), motivo pelo qual a aplicação dos referidos dispositivos sumulares restaria prejudicada, máxime a partir de quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu o *status* supralegal da CADH, cuidando-se de norma processual supralegal cogente. Portanto, não há como se sustentar, ainda nos tempos de hoje (ou desde a publicação do Decreto 678/1992), a aplicação massiva e reiterada dos enunciados sumulares aqui criticados. É assustadoramente comum deparar com julgados proferidos pelos tribunais ordinários ou pelo próprio Superior Tribunal de Justiça (salvo raríssima exceção) no sentido da improcedência das arguições de

⁹⁹ RHC 31.515/PI, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012

¹⁰⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. Processo penal constitucional. 6. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010. p.128

¹⁰¹ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. OLIVEIRA, Emerson. Não há mais como sustentar a aplicação das súmulas 21 e 52 do STJ. <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-16/nao-sustentar-aplicacao-sumulas-21-52-stj>>, acesso em 19/03/2018.

excesso de prazo que lhes são levadas à apreciação, com base no teor das Súmulas 21 e 52, do STJ.

Conforme a evolução do ordenamento jurídico brasileiro através da inclusão de diversos Tratados Internacionais acerca de Direitos Fundamentais, não é viável manter a aplicação do referido enunciado. O direito à liberdade, que está em jogo, não deve ser colocado em segundo plano ante a aplicação sumular.

Já no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a problemática do excesso de prazo da prisão se mantém sob diferentes argumentos, como demonstram os seguintes julgados:

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. EXCESSO DE PRAZO PARA O TÉRMINO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECORRENTE ACUSADA DE INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ENVOLVIDA NA PRÁTICA DOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS, CORRUPÇÃO POLICIAL E QUADRILHA ARMADA. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a demora para conclusão da instrução criminal, como circunstância apta a ensejar constrangimento ilegal, somente se dá em hipóteses excepcionais, nas quais a mora seja decorrência de (a) evidente desídia do órgão judicial; (b) exclusiva atuação da parte acusadora; ou (c) situação incompatível com o princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF/88, o que não ocorre no caso dos autos. 2. Os fundamentos utilizados revelam-se idôneos para manter a segregação cautelar da recorrente, na linha de precedentes desta Corte. É que a decisão aponta de maneira concreta a necessidade de garantir a ordem pública, tendo em vista a periculosidade da agente, acusada de integrar organização criminosa voltada à prática dos crimes de tráfico de drogas, corrupção policial e formação de quadrilha armada, com ramificações para outras Comarcas do Estado de São Paulo e também nos Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul. 3. Recurso improvido.

(RHC 122462, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 26/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 08-09-2014 PUBLIC 09-09-2014)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL ATRIBUÍVEL AO APARELHO JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE TUMULTO PROVOCADO

PELA DEFESA. O prazo para a conclusão da instrução probatória não pode ser a mera soma aritmética dos prazos de cada ato processual. De outra sorte, é inadmissível que a prisão provisória - como o próprio nome diz - perca sem nenhuma limitação. A duração da custódia cautelar deve ser a mais breve possível, mas sempre vista sob o prisma da razoabilidade. Precedentes. No caso concreto, o prazo da prisão preventiva é excessivo, uma vez que o paciente permaneceu sob custódia cautelar por mais de dois anos, sem que tivesse sido realizada a oitiva de testemunhas arroladas pela acusação. O excesso de prazo é largamente atribuível ao aparelho judiciário, uma vez que a juíza redesignou a data de audiência somente para um ano e oito meses depois de frustrada a audiência para oitiva das testemunhas arroladas pela acusação. Habeas corpus deferido, para que o paciente aguarde em liberdade o encerramento da ação penal, salvo se por outro motivo estiver preso.

(HC 86850, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 16/05/2006, DJ 06-11-2006 PP-00050 EMENT VOL-02254-03 PP-00493)

Alguns julgados do STF, enfatizam que excesso de prazo que dá margem ao constrangimento ilegal quando ocorrido por desídia estatal ou qualquer outra razão que afete a duração razoável do processo que não tenha sido causada pela defesa. (A exemplo: HC 137768, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma; HC 135324, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma). Ou seja, para a caracterização imediata do constrangimento ilegal, basta a constatação de ociosidade ou falta de interesse no andamento do processo, tanto da parte do juiz como do Ministério Público.

Os demais casos, deve-se observar as peculiaridades concretas, para averiguar o número de réus, complexidade do processo, número de crimes imputados, quantidade de testemunhas a serem ouvidas e etc., para assim, constatar ou não o constrangimento ilegal.

Partindo dos dois casos citados anteriormente, é possível dizer que o excesso de prazo é justificável quando se observar que o processo tem maior complexidade quanto ao número de crimes praticados, número de réus envolvidos, número de testemunhas, se é caso de crime interestadual ou internacional e outras especificidades, além da dilação provocada pela própria defesa do réu, por meio de

requerimentos meramente protelatórios. Por outro lado, não se admite a dilação do prazo se a desídia for do órgão jurisdicional ou da acusação.

Aury Lopes Jr. diz que “por dilação entende-se a (de)mora, o adiamento, a postergação em relação aos prazos e termos (inicial e final) previamente estabelecidos em lei, sempre recordando o dever de impulso (oficial) atribuído ao órgão jurisdicional.”¹⁰²

Em geral, mesmo que não exista um prazo determinado para a prisão preventiva, é preciso fazer uma ponderação através princípio da proporcionalidade e razoabilidade para evitar uma afronta a garantia da duração razoável do processo e da dignidade da pessoa humana.¹⁰³

¹⁰² LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 198

¹⁰³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 567.

CONCLUSÃO

O Brasil, ao integrar no seu ordenamento jurídico os tratados internacionais de direitos humanos, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos, trouxe para a Constituição Federal a proteção de diversas garantias e direitos fundamentais, principalmente a duração razoável do processo e a presunção de não culpabilidade, previstas respectivamente nos incisos LXXVII e LVII, ambos do artigo 5º da Carta Magna.

As garantias supracitadas têm grande importância quando se trata das prisões cautelares, sobretudo a prisão preventiva que é a cautelar por excelência. Sabe-se que no decorrer da história houveram diversas alterações legislativas no Código de Processo Penal de 1941, mas em nenhuma delas o legislador optou pela normatização de um prazo específico para a referida prisão, deixando a sua limitação a cargo dos magistrados.

Tanto a doutrina como a jurisprudência orientam os magistrados a decidirem com base na razoabilidade e proporcionalidade de acordo com a exigência de cada caso concreto. A orientação é válida, porém, não raramente, são vistos casos de abuso em que o preso provisório está nessa situação há anos. Apesar dessa lacuna referente ao prazo da prisão preventiva parecer uma forma para a melhor visualização da justiça pois é possível verificar caso a caso sem a imposição de um prazo determinado que não pode ser dilatado, acaba sendo, na verdade, uma forma arbitrária de imposição da prisão cautelar pela decretação da prisão com argumentos genéricos, o que confere a característica de pena e retira sua essência de cautelaridade.

O garantismo de Luigi Ferrajoli deve ser entendido como um modelo de construção jurídico-normativa que tem como essência a busca pela garantia, teórica e prática, de direitos fundamentais. Nesses termos, a análise das prisões cautelares sob a ótica garantista, como já mencionado no capítulo 3, pode ser vista como uma forma de antecipação da pena, indo contra o princípio fundamental da presunção de não culpabilidade.

Não se pode negar a necessidade de previsão de prisão cautelar no ordenamento jurídico no sentido de que é importante para a proteção do processo em determinadas situações e para uma devida prestação jurisdicional. Mas também não é coerente que a quantidade de prazo da prisão esteja inteiramente nas mãos dos magistrados, que muitas vezes não conseguem dar a devida atenção a cada caso concreto e acabam por praticar excessos.

Uma forma de redução desses excessos seria a estipulação de um prazo para a preventiva, seguindo os princípios da legalidade, da duração razoável do processo/devido processo legal e da presunção de não culpabilidade. Assim, haveria respeito à liberdade, que é o maior direito individual depois do direito à vida, e evitaria a arbitrariedade dos magistrados na manutenção da prisão preventiva, tendo como consequência a efetivação do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Execução penal: esquematizado*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal – lei n. 12.403/2011*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- BIANCHINI, Alice. CUNHA, Rogério Sanches. GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. MARQUES, Ivan Luiz. *Prisão e medidas cautelares: comentários à lei 12.403/11*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2015.
- BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm> Acesso em 17 de jan. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 12.403, de 4 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, 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm> Acesso em: 27 set. 2017.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 26 de ago. 2017.
- BRASIL. *Lei nº 12.850, de 2 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. Brasília, 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm> Acesso em: 15 de fev. 2018.
- BRASIL. STF. HC: 101909 MG, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 28/02/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012
- BRASIL. STJ. HC 231.768/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 16/11/2012.
- BRASIL. STF. RHC 144522 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 01/12/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-289 DIVULG 14-12-2017 PUBLIC 15-12-2017

BRASIL. STF. HC 144697 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 23/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 13-03-2018 PUBLIC 14-03-2018)

BRASIL. STJ. HC 299.738/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 03/12/2014)

BRASIL. STF. HC 93498, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 17-10-2012 PUBLIC 18-10-2012)

BRASIL. STF. HC 93498, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 17-10-2012 PUBLIC 18-10-2012)

BRASIL. STJ. HC 117.466/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 26/04/2010

BRASIL. STJ. RHC 31.515/PI, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012)

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Humberto. *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Juspodivm, 2010.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. *A (des)razão da prisão provisória*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão, medidas alternativas e liberdade: comentários à lei 12.403/2011*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A conformidade das leis processuais penais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Silva, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei no 12.850/13*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. OLIVEIRA, Emerson. *Não há mais como sustentar a aplicação das súmulas 21 e 52 do STJ*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-16/nao-sustentar-aplicacao-sumulas-21-52-stj>> Acesso em 19 de mar. 2018.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.