

UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CÂMPUS UNIVERSITÁRIO DE PONTES E LACERDA
FACULDADE DE LINGUAGEM, CIÊNCIAS AGRÁRIAS E SOCIAIS APLICADAS

CURSO BACHARELADO EM DIREITO

CLAYSON KENIDY FERREIRA DE SOUZA

**PRISÃO PREVENTIVA E A NECESSIDADE DE REGULAMENTAR UM PRAZO
MÁXIMO DE SUA DURAÇÃO**

PONTES E LACERDA/MT.

2020

CLAYSON KENIDY FERREIRA DE SOUZA

**PRISÃO PREVENTIVA E A NECESSIDADE DE REGULAR UM PRAZO MÁXIMO
DE SUA DURAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Universidade do Estado
de Mato Grosso, campus de Pontes e Lacerda,
como requisito parcial para a obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Matheus Salomé de
Souza

Pontes e Lacerda/MT.

2020

FOLHA DE APROVAÇÃO

AGRADECIMENTOS

DEDICATÓRIA

ΕΠΙΓΡΑΦΕ

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo destacar a importância de que a prisão preventiva seja utilizada com razoabilidade no que tange a sua duração. Infelizmente as prisões cautelares passaram a ser utilizadas no Brasil de forma desarrazoada, não raras vezes configurando antecipação de pena ante a duração excessiva do recolhimento do indivíduo ao cárcere. Tal fato não apenas atenta contra os direitos fundamentais do indivíduo e o princípio da presunção de inocência, como também contribui para o caos no sistema prisional, pois estima-se que na atualidade mais de quarenta por cento dos presos estão recolhidos provisoriamente em estabelecimentos penais, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, ou seja, não há uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Por isso é importante abordar os aspectos gerais da prisão preventiva no direito brasileiro. Averiguar os princípios que norteiam a prisão preventiva, com ênfase no princípio da razoabilidade e nos subprincípios que dele decorrem. Também é importante destacar como a jurisprudência se posiciona diante do excesso de prazo da prisão preventiva. O método de abordagem adotado é o dedutivo e o método de procedimento o comparativo, pautado na técnica de pesquisa documental indireta.

Palavras-Chave: Prisão Preventiva. Razoabilidade. Excesso de Prazo.

ABSTRACT

The present study aims to highlight the importance of preventive custody being used reasonably in terms of its duration. Unfortunately, precautionary prisons have been used in Brazil in an unreasonable way, often confining anticipation of punishment to the excessive duration of the individual's withdrawal from prison. This fact not only violates the fundamental rights of the individual and the principle of the presumption of innocence, but also contributes to chaos in the prison system, since it is estimated that at present more than forty per cent of prisoners are provisionally collected in penal establishments, that is, there is no final criminal sentence. Therefore, it is important to address the general aspects of pre-trial detention in Brazilian law. To ascertain the guiding principles of pre-trial detention, with emphasis on the principle of reasonableness and the subprinciples derived from it. It is also important to highlight how the jurisprudence stands in the face of the excessive term of pre-trial detention. The method of approach adopted is the deductive and comparative procedure method, based on the technique of indirect documentary research.

Keywords: Preventive Detention. Reasonability. Excess of time.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 HISTÓRICO DA PRISÃO CAUTELAR	11
1.1 HISTÓRICO DA PRISÃO CAUTELAR NO MUNDO OCIDENTAL	12
1.2 PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL	14
1.3 ARTIGO 5º, INCISO LXI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	16
2 DA PRISÃO PREVENTIVA E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES	21
2.1 DA PRISÃO PREVENTIVA: NOÇÕES GERAIS	21
2.2 PRESSUPOSTOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	22
2.3 CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA	27
2.4 ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA	29
3 EXCESSO DE PRAZO NAS PRISÕES CAUTELARES À LUZ DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE	32
3.1 EXCESSO DE PRAZO NAS PRISÕES CAUTELARES	32
3.2 APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE	35
3.3 EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 E A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	36
3.5 SÚMULAS APLICÁVEIS	37
3.5 SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E AUDIÊNCIA COM DATA PRÓXIMA	39
3.6 FIXAÇÃO DE PRAZO MÁXIMO PARA A PRISÃO PREVENTIVA E SEGURANÇA JURÍDICA	39
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	Error! Indicador Não Definido .

INTRODUÇÃO

É cediço que o processo penal tem caráter punitivo, visto que através dele, em nome do *jus puniendi* estatal, permite-se à autoridade judiciária que mitigue certos direitos fundamentais, como a liberdade individual, por exemplo. Também é conhecida, e muito discutida, a situação de inchaço do sistema carcerário brasileiro, fato este que também é responsável pela demora do Judiciário na resolução dos conflitos levados a ele. A demora na tramitação dos processos, principalmente quando se trata do processo penal, representa afronta ao direito fundamental do processo em prazo razoável.

Foi com o surgimento do Estado Democrático de Direito que se deu o início da discussão quanto à certos valores fundamentais da pessoa humana. Mas foram os tratados internacionais de direitos humanos os responsáveis pela positivação do que hoje chamamos direitos fundamentais.

O sistema prisional brasileiro apresenta, já há alguns anos, sérios problemas decorrentes principalmente da superlotação dos estabelecimentos prisionais, o que compromete a própria ressocialização do agente infrator, já que os seus direitos mínimos não são observados.

Para agravar a situação o Brasil conta com um grande número de presos provisórios, ou seja, que se encontram recolhidos nos estabelecimentos prisionais em virtude de prisão preventiva e temporária, no curso de uma investigação o policial ou processo criminal.

Dentre os presos provisórios a grande maioria se encontra recolhida em virtude da decretação da prisão preventiva, não sendo raro o acusado aguardar todo o trâmite processual recolhido à prisão, o que leva a questionar a observância ao princípio da razoabilidade, mormente quanto à sua duração.

Não bastasse isso, a ratificação do Pacto de San Jose da Costa Rica trouxe, pela primeira vez, o princípio da razoável duração do processo ao ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 45 positivou este direito fundamental, incluindo-o ao art. 5º da Constituição Federal através do inciso LXXVIII.

Ocorre que a prisão preventiva, não raras vezes, configura verdadeira antecipação da pena, pelo excesso de prazo, já que a legislação nada menciona sobre a sua duração. Tal fato traz uma série de problemas, a exemplo do

comprometimento do já grave caos no sistema prisional, pois o país atualmente conta com 40% de presos provisórios.

Em meio a esse cenário é que se situa o presente estudo, que tem por objetivo destacar a necessidade de se regulamentar um prazo máximo para a prisão preventiva, de modo que atende ao princípio da proporcionalidade, não se apresentando como antecipação da pena.

A pesquisa se classifica como dedutiva, quanto ao método de abordagem, e comparativa, no que tange o método de procedimento, pautada na revisão documental e bibliográfica.

Assim, divide-se o estudo em três capítulos. No primeiro aborda-se o histórico da prisão cautelar, a partir da análise do instituto em Portugal e também no Brasil. Também se destacam as peculiaridades do inciso LXI, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

No segundo capítulo, por sua vez, analisa-se a prisão preventiva, sua regulamentação legal e questões outras, de modo a contextualizar o instituto. E, ainda, dá-se ênfase aos princípios que norteiam a prisão cautelar, quais sejam, o do devido processo legal, da presunção da inocência, da excepcionalidade, da provisionalidade ou precariedade e, por fim, a razoabilidade.

No terceiro capítulo averíguam-se as questões afetas ao excesso de prazo nas prisões cautelares, destacando a aplicabilidade do princípio da razoabilidade à luz da doutrina e jurisprudência, sem prejuízo da análise da Emenda Constitucional n.º 45 e os reflexos na duração do processo e das Súmulas nº 21, 52 e 64, todas do Superior Tribunal de Justiça, além da superveniência de sentença penal condenatória e de designação de audiência com data próxima como situações que afastam o constrangimento ilegal.

1 HISTÓRICO DA PRISÃO CAUTELAR

A prisão, em sentido amplo, é concebida como a “privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere” (NUCCI, 2016, p. 556).

Silva (2009, p. 1097), por sua vez, define a prisão como o ato pelo qual “[...] se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção, isto é, da liberdade de ir e vir, recolhendo-a a um lugar seguro ou fechado, de onde não poderá sair”.

A partir dos dois conceitos acima transcritos percebe-se que há duas modalidades de prisões penais previstas no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, a prisão definitiva, regulada pelo Código Penal, e a prisão provisória, de natureza cautelar, legalmente disciplinada pelo Código de Processo Penal.

Tal distinção merece ser feita, pois não obstante as duas prisões tenham o mesmo efeito prático imediato, já que privam o indivíduo da sua liberdade de locomoção, são prisões que advêm de situações e momentos processuais diversos, e também possuem finalidades diversas.

A prisão definitiva decorre do cumprimento de pena privativa de liberdade, logo, é uma modalidade de pena. É a execução, em sentido lato, de uma decisão judicial não mais sujeita a recurso que imputou ao acusado um crime e estabeleceu, como pena a ser aplicada pelo cometimento do fato delituoso, a privação de sua liberdade por determinado período de tempo.

Por seu turno, a prisão cautelar “[...] é uma espécie de medida cautelar, ou seja, é aquela que recai sobre o indivíduo, privando-o de sua liberdade de locomoção, mesmo sem sentença definitiva” (RANGEL, 2015, p. 829).

Hoje, já não pode restar a menor dúvida de que a prisão provisória, em nosso direito, tem a natureza acauteladora, destinada a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final, bem como a possibilitar a regular instrução probatória. Trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso mesmo, de tutela da tutela (JARDIM, 2005, p. 255).

Porém, nem sempre houve tão clara distinção entre a prisão definitiva e a prisão cautelar, motivo pelo qual se faz necessário, nesse primeiro capítulo, abordar os aspectos históricos do instituto, de modo a possibilitar uma análise comparativa entre o surgimento da prisão cautelar em Portugal, país responsável pela

colonização do Brasil e, por conseguinte, por inserir as primeiras normas jurídicas, e o surgimento do instituto no direito pátrio.

1.1 HISTÓRICO DA PRISÃO CAUTELAR NO MUNDO OCIDENTAL

A prisão surgiu, na história da humanidade, como instrumento de humanização da punição penal, substituindo os castigos e as penas capitais, a ponto de Michel Foucault (1987, p. 195) asseverar que “[...] a prisão é menos recente do que se diz quando se faz datar seu nascimento dos novos códigos”.

A história do Direito Penal, e consequentemente da pena, confunde-se com a história da humanidade. Sabe-se que o direito nasce com o homem e o acompanha por toda a vida e, arraigado a origem humana, há a presença sinistra do crime, bem como a presença das penas como resposta às agressões humanas.

Por isso Saliba e Saliba (2008, p. 179) enfatizam que em cada período histórico as formas de punição apresentam características peculiares, em virtude das mutações, embora seja possível afirmar que num primeiro momento prevaleciam os suplícios e as penas corporais, o que cedeu espaço à prisão já na era moderna.

Analisando a história da pena, nota-se que o período que compreende o seu surgimento, até o teor que hodiernamente a ela se atribuiu, seu conceito e existência foram modelados pelos mais diversos princípios, os quais encontram amparo nas expressões de defesa e vingança (DOTTI, 1998, p. 31).

No período em relato, notamos a existência da autotutela, de penas desproporcionais e desumanas, marcadas, na maioria das vezes, por condutas que extrapolavam a razoabilidade do direito de punir (DOTTI, 1998, p. 31).

Isso acontecia pela falta de uma maior estrutura social, os membros da sociedade eram regidos por crenças e religião, não havia uma regra maior. Diante disso, nem todos agiam da mesma forma e a diferença de ideais era absurda, assim, caso uma conduta praticada por um integrante da sociedade fosse reprovada, as represálias aconteceriam sem limites (DOTTI, 1998, p. 31).

Com a evolução da sociedade chegou-se à fase da vingança divina, que mudou a concepção dos delitos, onde as penas passaram a ser relacionadas com a religião, os delitos passaram a ser vistos como uma ofensa aos deuses, e não à sociedade.

Tal fase, resultou da grande influência exercida pela religião na vida dos povos, as pessoas eram punidas visando a satisfação da divindade, ofendida pelo crime (BITENCOURT, 2016, p. 36).

Com o passar dos anos o poder religioso perdeu contornos, as regras foram perdendo seu caráter divino e, assim, a criminalidade voltou a ter como base a vida humana em sociedade. Destarte, o Estado voltou a ser autoridade máxima e as formas religiosas foram enfraquecendo, até o seu desaparecimento.

Com a superação das fases da vingança privada e divina, chega-se a vingança pública. Onde se tem como objeto da repressão criminal a segurança do soberano ou monarca pela sanção penal, mantendo, entretanto, as características de crueldade e o objetivo de intimidação (BITENCOURT, 2016, p. 37).

A concepção de inspiração da pena, no sentimento religioso, foi superada com a contribuição de filósofos. Aristóteles demonstrou a finalidade da pena como meio de defesa social, que deveria intimidar pelo rigor da norma, alertando os indivíduos a não delinquir (BITENCOURT, 2016, p. 38).

Nos séculos XII, segundo Saliba e Saliba (2008, p. 182), Portugal e outros países europeus, como a Espanha, instauraram, com a ajuda da Igreja Católica, a inquisição moderna, que apresentava resquícios de crueldade muito maior que a inquisição medieval. Nesse período a prisão cautelar não tinha uma finalidade em si mesma, pois era tão somente uma forma de acautelar o infrator até que a pena corporal fosse aplicada.

Com o passar dos anos, diante das descobertas de Copérnico, Kepler e Galileu, com o denominado Renascimento intelectual europeu, nasce o Iluminismo, onde novas ideias e políticas ganharam força, uma vez que a razão era usada como um meio de compreensão perante a sociedade. Filósofos como Montesquieu, Voltaire e Locke renovaram as tendências intelectuais dos séculos XVII e XVIII (PERRY, 2002, p. 283-284).

Diante disso, o homem passou a entender a necessidade de abrir mão de parte de sua liberdade para que a segurança coletiva fosse alcançada. Ou seja, nascem as primeiras noções de cessões mutuas. A partir daí, pugnou-se por medidas humanitárias. Nascem os primeiros princípios legais, como a presunção de inocência e, ainda, que a pena deveria ter como uma de suas principais finalidades a recuperação do criminoso.

Com a evolução dos sistemas penais, chegou-se à conclusão de que a pena deveria ter como um de seus principais objetivos a recuperação do autor do crime, foram instituídos princípios que davam garantias ao delinquente, tais como a presunção de inocência e a extinção de penas tirânicas.

Assim, com a atenção voltada para a correção do delinquente, foram estabelecidas variáveis que fugiam do rigor punitivo.

Apenas por volta de 1550 surgiram, na Europa, as Casas de Correção, que eram destinadas à repressão e a educação de jovens infratores. Entretanto, essas casas foram desaparecendo, uma vez que seus fins inconfessos implicaram a superlotação carcerária (SICA, 2002, p. 42-43).

Importante lembrar, nesse ponto, que os séculos XVII e XVIII foram marcados pela crueldade, ao passo que no século XIX irrompe-se a prisão como núcleo do sistema punitivo, tudo por influência do desaparecimento econômico das Casas de Correção e da deportação e pelo movimento humanitário das penas (SICA, 2002, p. 43).

A prisão, como pena, é um instituto penal muito antigo, encontra-se na história fatos que comprovam essa antiguidade. Ou seja, a prisão sempre foi utilizada pelos homens como meio coercitivo, onde homens eram presos em cavernas, túmulos ou simplesmente acorrentados (CABRAL, 2006, p. 453).

Em meio a esse cenário, portanto, pode-se afirmar que a prisão, enquanto sanção autônoma, é recente na história da humanidade, pois o acautelamento, ou seja, a prisão cautelar, provisória, era uma forma de assegurar que o infrator não fugisse e, assim, fosse possível a aplicação da sanção que, por longo período, era de natureza corporal, pena capital.

1.2 PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL

No Brasil colônia se aplicavam as regras das Ordenações Portuguesas, o que se seguiu por um longo tempo, sendo a prisão, inicialmente, regulamentada pela nobreza como medida de comando no solo recém-conquistado, para só depois firmar-se como tradição constitucional, passando a constar em todas as Constituições Brasileiras.

Importante marco nessa evolução foi o Decreto Imperial de 23 de maio de 1821, quando o então príncipe Regente Dom Pedro determinou que ninguém

poderia ser preso sem ordem judicial, exceto se se encontrasse em flagrância delitiva (FRANCO, 1956, p. 337-338).

Na Constituição do Império de 1824 a matéria foi consolidada, consagrando a impossibilidade de violação da liberdade, exceto em flagrante delito, que se arbitrária, a requerimento do interessado, seria afastada pelo juiz (BRANCO, 2001, p. 361).

Em 1836, com o advento do Código de Processo Penal, editado sob forte influência da Revolução Francesa, a prisão cautelar passou a se fazer presente sob a forma de prisão em flagrante, sendo inseridas, ainda, a prisão preventiva e a prisão por pronúncia (BRANCO, 2001, p. 361).

Com o advento da Constituição Republicana de 1891 a matéria foi disciplinada de forma distinta da constante na Constituição do Império, pois passou a permitir, além da prisão em flagrante, a prisão antes da pronúncia do indiciado desde que prevista em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente (BARROS, 2006, p. 72-73).

Percebe-se que o legislador constituinte ampliou o rol da prisão cautelar, embora sempre tenha exigido o mandado judicial, salvo em caso de flagrante delito.

A Constituição que se seguiu, no ano de 1934, nada trouxe de novo, cabendo as inovações ao Código de Processo Penal Brasileiro – Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, código este que ainda se encontra em vigor, apesar de ter atravessado períodos ditatoriais e sofrido, ao longo dos anos, várias alterações.

A Constituição de 1946, por sua vez, foi responsável pelo restabelecimento da liberdade mediante fiança, e pela obrigatoriedade de comunicação da prisão do acusado, novidades que não foram sentidas nas Constituições de 1967 e 1969, devido a instalação da ditadura no ano de 1964, que cerceou vários direitos, ainda sem previsão legal (BARROS, 2006, p. 74).

Coube, portanto, à Constituição da República de 1988 inovar, seja pelo restabelecimento do regime democrático, seja pelos avanços teóricos da matéria em relação ao direito à liberdade, que no texto constitucional foi consagrado como direito fundamental, e várias garantias foram inseridas para assegurar o exercício deste direito.

Portanto, faz-se necessário compreender os fundamentos e alcance do disposto no inciso LXI, do art. 5º, da Constituição Federal, objeto do próximo item.

1.3 ARTIGO 5º, INCISO LXI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Dispõe o *caput* do art. 5º da Constituição Federal que todos são iguais perante a lei, consagrando, assim, o princípio da isonomia ou da igualdade. Portanto, é vedada qualquer distinção em virtude de raça, cor, credo, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1988). São direitos fundamentais, que recebem do Estado especial atenção.

O inciso LXI, que em especial interessa ao presente estudo, dispõe que “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” (BRASIL, 1988).

O dispositivo em comento, segundo Lima (2017, p. 1782), trata da liberdade de locomoção, consagrada no direito brasileiro como direito e garantia fundamental.

Decerto, “por força do art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LXI, LXU, LXV e LXVI, da Constituição Federal, todo e qualquer constrangimento à liberdade de locomoção só pode ser determinado pela autoridade judiciária competente, sob pena de ser considerado ilegal” (LIMA, 2017, p. 1782).

A liberdade é atualmente um tema de grande relevância para o ambiente jurídico e social, por ser tratar de um exercício fundamental para a sociedade, dessa forma, o seu estudo se torna um aspecto essencial, já que se incorpora nos contextos políticos, econômicos e culturais, desenvolvendo assim o exercício da cidadania.

Segundo Carvalho (2013, p. 1096), a imposição de limites à ingerência estatal na liberdade física dos homens remete à Magna Carta de 1215, na Inglaterra, seguida por documentos posteriores, a exemplo das Declarações de Direitos norte-americanas e francesas.

Vale destacar que desde que o Brasil se tornou independente de Portugal, em 1822, todas as cartas constitucionais asseguraram, em maior ou menor grau, e ao menos no papel, proteção às liberdades.

Ainda de acordo com Carvalho (2013), a previsão de prisão apenas nos casos de flagrante delito ou de ordem judicial fundamentada constou já na primeira Constituição brasileira.

De fato, a Constituição do Império brasileiro de 1824, em seu art. 179, IV preceituava a livre comunicação de pensamento por meio de palavras, de escritos e de publicação através da imprensa, sem dependência com a censura; bem como a Constituição da República de 1891, em seu artigo 72, § 2º que no mesmo sentido referia-se à liberdade de manifestação de pensamento, devendo cada um responder pelos abusos que cometer de acordo com a lei.

Sobre a forma como as Constituições supracitadas trataram do tema, cumpre trazer à baila os ensinamentos de Carvalho (2013, p. 1096):

No Brasil, a previsão de prisão somente nos casos de flagrante delito ou de ordem judicial constou desde a Constituição de 1824, artigo 179, n. 10, passando pela de 1891, artigo 72, § 13; de 1934, artigo 113, n. 21; de 1937, artigo 122; de 1946, artigo 141, § 20; de 1967, com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, artigo 153, § 12.

A regra de exceção constante no final do dispositivo examinado – transgressão militar ou crime militar – tradicionalmente constava do dispositivo que cuidava do *habeas corpus*, nas Constituições anteriores: de 1891, artigo 72, § 22; de 1934, artigo 113, n. 23; de 1937, artigo 122, n. 16; de 1946, artigo 141, § 23; de 1967, com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, artigo 153, § 20.

Cumpre esclarecer, nesse ponto, que o conceito de “flagrante delito” e as suas hipóteses serão analisadas oportunamente, dada a importância ao presente estudo. O que se busca demonstrar, nesse ponto, é a importância da limitação do Estado no que tange a liberdade dos indivíduos.

Dando seguimento tem-se a Constituição de 1934, que em seu art. 113 também assegurava a liberdade, até mesmo a Constituição de 1937, em seu art. 122, ainda que inserida no contexto da ditadura militar do Estado Novo, não deixou de dispor sobre o direito à liberdade.

A Carta Magna de 1946 foi dispositivo regulado em seu art. 141, § 5º, a liberdade de manifestação sem censura; na Constituição de 1967, o art. 150, § 8º, o direito de liberdade de expressão, de atividade intelectual e artística continuava a ser assegurado como dispositivo constitucional; e a antecedente a nossa atual Constituição; a de 1969, em seu artigo 153, § 8º, também protegia os direitos de liberdade.

A esse respeito, lecionam Sarmento e Sarlet (2011, p. 391-392):

[...] apesar de todas as constituições preservarem o direito à liberdade, o Brasil nunca teve um ambiente propício ao desenvolvimento e a afirmação dessas liberdades, até o advento da Constituição de 1988. Foi através da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que a liberdade

ganhou destaque, diante do propósito de redemocratizar o País, fazendo com que a liberdade fosse assegurada aos cidadãos como um objetivo de máxima importância, sendo refletivo assim no seu corpo constitucional, a fim de proibir e proscrever toda a forma de censura.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, refere-se aos direitos e às garantias fundamentais, pelo qual a liberdade constitui juntamente com a vida, a igualdade, a propriedade e a segurança, um conjunto de direitos fundamentais. Estão assegurados, e previstos, todos os tipos de liberdades nas suas várias manifestações, como a livre manifestação do pensamento e a liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, (art. 5º, IV e IX), a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI), o acesso à informação e todas as garantias que lhe são inerentes.

Mas não é somente através do texto constitucional que o Brasil assegura esse direito. Integram também a ordem jurídica de proteção às liberdades, os diversos tratados e convenções internacionais ao qual o Brasil é signatário, dentre eles estão a Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 19), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 19) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 13), pelo qual o direito à liberdade é reconhecido e assegurado a todo o ser humano.

É possível assegurar, de acordo com Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2013, p. 442), que o atual texto constitucional brasileiro, aderiu ao que já vinha sendo parte integrante da tradição do constitucionalismo, sendo possível afirmar também, a existência de um direito geral de liberdade.

No mesmo sentido, Fernandes (2011, p. 282) revela que o texto constitucional de 1988 manifesta uma concepção ampla do direito de liberdade.

Esse direito geral de liberdade, apesar de sofrer algumas críticas diante do seu significado por juristas e pensadores do direito, possui posituação nas Constituições brasileiras, pois é visto como uma vantagem institucional que visa reforçar a proteção das liberdades ao oferecer um apoio normativo sólido em nível constitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 443).

Nessa premissa, o direito geral de liberdade pode ser interpretado em conjunto com o §2º do art. 5º da Constituição Federal, que estabelece um sistema aberto de direitos e garantias fundamentais, consagrando outros direitos não previstos de forma explícita no texto constitucional, como também à integração de direitos no plano internacional, funcionando como uma espécie de cláusula de

abertura constitucional para liberdades fundamentais especiais não nominadas (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 444)

O que se constata é que a liberdade como um direito geral concede ao indivíduo um amplo rol de possibilidades de manifestação de suas vontades e expressões que não poderiam ser abordados por meio de liberdades específicas (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 444).

Cabe salientar que apesar da existência de inúmeras disposições, bem como a participação do Brasil em tratados internacionais com a intenção de proteção à liberdade, o que se percebe é uma diferença entre a vontade constitucional e a realidade social.

Assim, após as devidas considerações sobre a recepção o e o tratamento dado à liberdade nas constituições brasileiras, busca-se um esclarecimento acerca de algumas manifestações da liberdade.

Em sentido amplo, a liberdade da pessoa física, de acordo com Silva (2009, p. 237), constitui a primeira liberdade que o homem teve que conquistar, ela se opõe ao estado de escravidão, de prisão ou de qualquer outro impedimento à locomoção da pessoa.

A liberdade é poder agir da maneira que lhe convier, desde que não interfira na esfera do direito de outrem. E quem impõe esses limites são as leis, estas podem coibir as ações lesivas à sociedade.

No conceito de Silva (2009, p. 167), a liberdade da pessoa física se constitui numa possibilidade jurídica reconhecida a todos de ter livre-arbítrio sobre sua vida e de locomoverem-se dentro do território brasileiro, conforme preceitua a Constituição da República de 1988.

O direito de locomoção é direito de ir vir e também de ficar – *jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque* – na lição de Ferreira Filho (2005, p. 293), a liberdade é o poder de “indivíduo deslocar-se de um lugar para outro, ou permanecer cá ou lá, segundo lhe convenha ou bem lhe pareça. Claro, essa liberdade de ir ou ficar termina onde atenta contra o bem geral”.

Exatamente por isso, quando ocorrer a limitação ou total restrição deste direito através de ato praticado por agente do governo, a própria Constituição estabelece o remédio jurídico capaz de proteger o cidadão deste infortúnio. O art. 5, inciso LXVIII da Constituição Federal protege esta liberdade básica através do *habeas corpus*, considerado o mais importante remédio constitucional para garantir

a liberdade de locomoção. Por outro lado, quando o sujeito constrangedor deste direito for outro cidadão, o Estado disponibilizara outros meios e medidas para afastar este constrangimento. Destarte, salvo nas hipóteses de flagrante delito ou por ordem judicial escrita e fundamentada por autoridade competente é que se autoriza a privação da liberdade.

Carvalho (2013, p. 1097) esclarece que o constituinte, ao se referir à ordem escrita fundamentada, tanto se refere à sentença penal condenatória transitada em julgado, como à medida cautelar de natureza provisória, ou seja, a prisão processual.

Sem a pretensão de se esgotar a questão, a prisão pena, ou seja, aquela decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado remete ao princípio da presunção de inocência, consagrado no inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal. Logo, a regra é que somente após o trânsito em julgado da decisão penal condenatória seja o indivíduo recolhido à prisão, o que leva a reconhecer que a prisão cautelar é medida excepcional (CARVALHO, 2013, p. 1097).

Além das exceções supra – flagrante delito e ordem judicial escrita e fundamentada-, tem-se também a possibilidade de prisão em caso de transgressão militar ou crime propriamente militar, regra que tradicionalmente é consagrada no direito brasileiro, e prescinde de ordem escrita de autoridade judiciária competente.

Isso se deve, no entender de Carvalho (2013, p. 1098), ao fato de que a atividade militar traz em si o dever de obediência. Logo, qualquer transgressão militar compromete não apenas a obediência, mas também a hierarquia, podendo a prisão ser decretada por autoridade militar competente.

Ainda segundo Carvalho (2013, p. 1099), a transgressão militar deve ser compreendida como falta administrativa de natureza militar, enquanto o crime militar clama a tipicidade de uma infração penal militar, nos termos dos incisos I, II e III, do art. 9º, do Código Penal Militar, instituído pelo Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

Superada a análise da prisão cautelar em Portugal e no Brasil, bem como a importância do direito à liberdade, passa-se a abordar as peculiaridades da prisão preventiva, modalidade de prisão cautelar amplamente utilizada no Brasil.

2 DA PRISÃO PREVENTIVA E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES

De acordo com Nucci (2014, p. 573), prisão nada mais é que a privação da liberdade, ocorrendo verdadeira vedação ao direito de ir e vir livremente, o fazendo por meio do recolhimento do indivíduo ao cárcere.

Capez (2012, p. 215) a conceitua como “a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita ou em caso de flagrante delito”.

Por sua vez Rangel (2015, p. 581) infere tratar-se de espécie de prisão cautelar, possibilitando a privação da liberdade antes da sentença proferida no processo de conhecimento. Em função disso, possui como escopo principal resguardar o processo de conhecimento, refletindo o caráter de urgência e necessidade que informa a prisão cautelar de natureza processual.

Cumprе então averiguar, inicialmente, as noções gerais da prisão preventiva, a iniciar pelo seu conceito.

2.1 DA PRISÃO PREVENTIVA: NOÇÕES GERAIS

O termo prisão deriva do latim, *prehendere*, que significa estar preso. E, no sentido jurídico, o termo designa “[...] privação da liberdade de locomoção por motivo ilícito, ou por ordem legal” (MESSA, 2013, p. 120).

Por isso Sampaio Júnior e Caldas Neto (2009, p. 62) defendem que a prisão somente é aplicável àquele que cometeu ato ilegal e que para o seu cometimento esteja previsto em lei a privação da liberdade como sanção.

Não há dúvidas de que a prisão, enquanto sanção, é o último recurso para a defesa social e tem como objetivo reeducar o apenado para que não volte a cometer infração penal, mas que se recupere e possa reintegrar à sociedade. Por isso não se admite, na atualidade, que a prisão seja concebida apenas como medida de segregação social, ou seja, como punição pela infração cometida.

Porém, há situações em que o ordenamento jurídico brasileiro autoriza o recolhimento do acusado ou investigado à prisão, ou seja, existem hipóteses de prisão provisória, antes da sentença penal condenatória. Dentre elas encontra-se a prisão preventiva.

A prisão preventiva é admissível em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, cabendo ser decretada pelo juiz, de ofício, se durante a ação penal, ou a requisição do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, conforme dispõe o art. 311, do Código de Processo Penal.

Nucci (2016, p. 604) sustenta que a previsão da decretação da prisão preventiva como ato de ofício do juiz, sem provocação das partes, é mais um exemplo de que o juiz no processo brasileiro se afasta da sua posição de absoluta imparcialidade, invadindo o campo de outro, que é a do órgão acusatório.

Tourinho Filho (2013, p. 549) que "[...] os atos probatórios, e inclusive as medidas cautelares pessoais ou reais, devem ficar sujeitos aos pedidos das partes, cabendo ao Juiz deferi-los ou não; jamais decretá-los de ofício, como se fosse parte [...]".

Segundo a Constituição Federal, art. 93, inciso IX, todas as decisões judiciais são fundamentadas, sob pena de nulidade (BRASIL, 1988).

Acerca da fundamentação da prisão preventiva, Nucci (2016, p. 608) disserta:

A mera repetição dos termos legais, entretanto, é inadmissível, dizendo o juiz, por exemplo, que decreta a prisão preventiva, tendo em vista que há "prova da materialidade", "indício suficiente de ser o réu o autor" e "para garantir a ordem pública", sem especificar em quais fatos se baseia para extrair tal conclusão.

Ainda, nos entendimentos de Nucci (2016, p. 608), para a decretação da prisão preventiva, não se pode descartar que o Juiz demonstre os motivos que o levaram a privar alguém de sua liberdade. É o que também diz no art. 315 do Código de Processo Penal.

Portanto, a prisão preventiva deve ser fundamentada sob pena de nulidade. Porém, não basta a fundamentação por parte do magistrado, pois os pressupostos da prisão preventiva se encontram elencados na legislação, como se passa a expor.

2.2 PRESSUPOSTOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

O art. 312 do Código de Processo Penal trata das hipóteses em que a prisão preventiva pode ser decretada, ou seja, os pressupostos que se encontram

elencados nos incisos do dispositivo legal em comento. Assim, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou, ainda, para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (BRASIL, 1941).

Nucci (2016, p. 604), classifica o dispositivo como requisitos para a decretação da prisão preventiva, a saber:

[...] prova da existência do crime (materialidade) + indício suficiente de autoria + uma das situações descritas no art. 312 do CPP, a saber: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) garantia de aplicação da lei penal.

Já Lopes Júnior (2010, p. 108-109) defende tratar-se dos fundamentos da prisão preventiva, utilizando a expressão *periculum libertatis*, expressão também utilizada por Rangel (2015, p. 713), embora este autor, assim como Nucci (2016) defende que o dispositivo apresenta os pressupostos da prisão preventiva.

Lopes Júnior (2010, p. 110) ensina, ainda, que o *periculum libertatis* é conceituado como o perigo decorrente de o indiciado estar em liberdade, podendo ocasionar um risco a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação penal, conforme preceitua o art. 312 do Código de Processo Penal.

Ainda segundo o autor, para decretação da prisão preventiva é necessária a existência de uma das situações previstas anteriormente, não sendo cumulativas, e sim alternativas (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 109). Contudo, o autor enfatiza que se faz necessário fundamentar a prisão preventiva no *periculum libertatis*, de modo a demonstrar, no mundo dos fatos e com base no conjunto probatório, o risco de permanecer o indivíduo em liberdade. Exatamente por isso a decisão que decreta a prisão preventiva não poderá se pautar em meras presunções, ilações e invocações genéricas presentes na letra da lei, devendo ser fundamentada com base nas provas que estão nos autos.

Na mesma senda leciona Rangel (2015, p. 713), que reforça estar o *periculum libertati* intrinsecamente relacionado ao perigo decorrente na demora da prestação jurisdicional, devendo o juiz examinar se existe necessidade e urgência no recolhimento do investigado/acusado à prisão.

Como já dito o *caput* do art. 312 do Código de Processo Penal faz expressa menção à prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Então, caberá a decretação da prisão quando se verificar um abalo na sociedade em decorrência de uma prática de delito grave (NUCCI, 2016, p. 605).

Não obstante, a expressão “garantia da ordem pública” inserta no *caput* do art. 312 do Código de Processo Penal é muito ampla e, por isso, gera insegurança quanto à decretação da prisão preventiva, já que permite ao magistrado utilizar-se de diversos argumentos para justificar tal garantia. Contudo, segundo Nucci (2016, p. 605), a expressão remete à indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade que é abalada pela prática de um delito. Portanto, se o delito praticado for grave e causar grande repercussão, refletindo negativamente e de forma traumática na sociedade, propiciando àqueles que tomam conhecimento do crime sentimento forte de impunidade e insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente infrator à prisão.

Acrescenta o autor, ainda, que a garantia da ordem pública deve observar a gravidade da infração, a repercussão social desta e, ainda, a periculosidade do agente (NUCCI, 2016, p. 605). Não estando presentes as três situações, não há que se falar em decretação da prisão preventiva.

Anote-se, ainda, que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública não tem o escopo de proteger o processo penal enquanto instrumento para a aplicação da lei penal. De acordo com Pacelli (2015, p. 556), com base na “garantia da ordem pública” a prisão em comento destina-se “[...] à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social”.

Portanto, a garantia da ordem pública remete à paz e a tranquilidade social, como bem leciona Rangel (2015, p. 713):

Por ordem pública, deve-se entender a paz e a tranquilidade social, que deve existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade. Assim, se o indiciado ou o acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais, haverá perturbação da ordem pública, e a medida extrema é necessária se estiverem presentes os demais requisitos legais.

Em que pese tais considerações, como já dito anteriormente, a expressão é muito ampla, sendo a mais utilizada para a decretação da prisão preventiva, o que retira do instituto, não raras vezes, a natureza de medida cautelar (TOURINHO FILHO, 2013, p. 554).

Nesse sentido são os ensinamentos de Tourinho Filho (2013, p. 554), para quem a expressão é muito genérica, “[...] podendo-se ajustar a diversas situações, como a perigosidade do réu, crime perverso, insensibilidade moral, os espalhafatos da mídia, reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão”, o que acaba gerando insegurança jurídica.

Logo, o autor sustenta que a “[...] a prisão preventiva, nesses casos, não passa de uma execução sumária [...]” (TOURINHO FILHO, 2013, p. 554), ou seja, uma antecipação da pena.

Tem-se, ainda, a possibilidade de decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem econômica, medida que foi incluída no art. 312 do Código de Processo Penal no ano de 1994, por força da Lei nº 8.884. De acordo com Rangel (2015, p. 713), a prisão acontecia, à época, contra os criminosos que perturbavam o livre comércio e a atividade econômica, utilizando-se de abuso de poder econômico para dominarem o mercado, extinguir a concorrência e aumentar os lucros de forma arbitrária.

A questão não é isenta de críticas na doutrina. Nucci (2016, p. 607), por exemplo, entende que a garantia da ordem econômica é, na prática, uma espécie da garantia da ordem pública. E acrescenta:

[...] nesse caso, visa-se, com a decretação da prisão preventiva, impedir que o agente, causador de seriíssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição ou mesmo de órgão do Estado, permaneça em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área (NUCCI, 2016, p. 607).

Em sentido contrário se posiciona Lopes Júnior (2010, p. 110), para quem o fundamento da garantia da ordem econômica, introduzido pela Lei Antitruste, não se confunde com a garantia da ordem pública. Esta é utilizada para fundamentar as questões relativas ao abalo social, e não alcançam, por conseguinte, a ordem econômica e social.

Tem-se, ainda, a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal. Nucci (2016, p. 607) sustenta que esse fundamento é "[...] o motivo resultante da garantia da existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental".

Também Rangel (2015, p. 713) preconiza que em tais situações a "[...] a custódia cautelar justifica-se com o escopo de garantir um processo justo, livre de contaminação probatória e seguro para que o juiz forme, honesta e lealmente, sua convicção".

Não destoia desse entendimento Tourinho Filho (2013, p. 558), que sobre o terceiro pressuposto para a decretação da prisão cautelar em análise enfatiza:

[...] Pode ser decretada se for conveniente para a instrução criminal [...] Se, entretanto, o réu lhe cria obstáculos, ameaçando testemunhas, fazendo propostas a peritos, tentando convencer o Oficial de Justiça a "não encontrar as pessoas que devem prestar esclarecimentos em juízo" etc., seu encarceramento torna-se necessário por conveniência da instrução. [...]

Por último, mas não menos importante, pode ser decretada a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal. Sobre este pressuposto elucida Rangel (2015, p. 713):

[...] a prisão preventiva deverá ser decretada quando houver provas seguras de que o acusado, em liberdade, irá se desfazer (ou está se desfazendo) de seus bens de raiz, ou seja, tentando livrar-se de seu patrimônio com o escopo de evitar o ressarcimento dos prejuízos causados pela prática do crime. Ou ainda, se há comprovação de que se encontra em lugar incerto e não sabido com a intenção de subtrair à aplicação da lei, pois, uma vez em fuga, não se submeterá ao império da Justiça.

As situações acima abordadas (garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução penal e para assegurar a aplicação da lei) se encontram consagradas na primeira parte do *caput* do art. 312 do Código de Processo Penal. Contudo, o dispositivo em comento ainda faz expressa menção, em sua parte final, à prova da existência do crime e a indício suficiente de autoria.

Segundo Rangel (2015, p. 715), as expressões a "prova da existência do crime" e "indícios de autoria" são também pressupostas para a decretação da prisão preventiva, pois refere-se ao *fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti*.

A prova da existência do crime está atribuída à materialidade do ilícito penal, ou seja, a "existência do corpo de delito, que deverá ser atestada pelo laudo pericial, documentos ou prova testemunhal idônea" (RANGEL, 2015, p. 715).

No que diz respeito aos indícios suficientes de autoria, Rangel (2015, p. 715) explica:

[...] não são provas contundentes, robustas e que geram a certeza absoluta de autoria do indiciado ou acusado. Basta apontamentos de que o indigitado ou acusado é o autor do fato. Elementos que apontem a fumaça no sentido de que o acusado é o autor do ilícito penal que ora se apura. São indicações. Não é necessário o fogo da certeza, mas sim a mera fumaça de que ele pode ser o autor do fato. O juízo que se faz ao decretar a prisão é a de periculosidade.

Já Nucci (2016, p. 604) sustenta que a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria são classificados como requisitos para a decretação da prisão preventiva. Portanto, para o autor cabe ao magistrado averiguar a presença dos pressupostos - *periculum libertati*, e também dos requisitos - *fumus comissi delicti*.

Continua Nucci (2016, p. 604) explicando que a prova da existência do crime é a "[...] certeza de que ocorreu uma infração penal, não se podendo determinar o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência de evento típico", enquanto os indícios de autoria é a "[...] suspeita de que o indiciado ou réu é o autor da infração penal. Não é exigida prova plena da culpa, pois isso é inviável num juízo meramente cautelar, feito, como regra, muito antes do julgamento de mérito" (NUCCI, 2016, p. 605).

Na mesma senda preleciona Lopes Júnior (2010, p. 105), para quem:

[...] o *fumus comissi delicti* é o requisito da prisão preventiva, exigindo-se para sua decretação que existam "prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria". Mas esse é um conceito por demais relevante para ficarmos com a letra da lei, que pouco diz, exigindo uma interpretação sistemática e constitucional.

Resta claro, portanto, que a prisão preventiva somente poderá ser decretada em uma das situações acima elencadas, e estando presentes a prova da existência do crime e indícios de autoria, o que é plenamente justificável, sob pena de se consagrar medidas arbitrárias, autorizando o recolhimento à prisão havendo dúvidas, por exemplo, sobre a prática do crime.

2.3 CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

A legislação brasileira trata, ainda, das hipóteses em que se admite a decretação da prisão preventiva, ou seja, além de preencher os requisitos do art. 312, já abordados, é necessária a observância ao que dispõe o art. 313 do mesmo diploma.

Os incisos do art. 313 dispõe expressamente que poderá ser decretada a prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; 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 Código Penal; ou, ainda, 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 (BRASIL, 1941).

O parágrafo primeiro do dispositivo em comento enfatiza que a prisão também será admitida quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa apontada como suposto autor do crime, ou na hipótese de o suspeito não fornecer elementos suficientes para esclarecer sua identidade. Porém, feita a identificação, deve o preso ser colocado imediatamente em liberdade, salvo se por outra hipótese a manutenção da prisão seja necessária (BRASIL, 1941).

O mesmo artigo 313, no seu parágrafo segundo trata das hipóteses em que não será admitida a decretação da prisão preventiva, com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia (BRASIL, 1941).

Acerca da reincidência em crime doloso, a que se refere o inciso II, do art. 313 do Código de Processo Penal, Nucci (2016, p. 610) disserta:

Essa menção à reincidência em crime doloso, em nosso entendimento, é inócua. Não se deve decretar a prisão preventiva somente por conta da reincidência, mas, sim, porque os fatores do art. 312 do CPP estão presente. E, caso estejam, ainda que primário o agente, decreta-se a preventiva.

Semelhante são os ensinamentos de Lopes Júnior (2010, p. 113), para quem a autorização da prisão preventiva com base única e exclusivamente no fato de ser o investigado ou acusado reincidente é equivocada. Acrescenta o autor que tal medida fere o princípio da proporcionalidade, além de afastar o caráter cautelar da prisão preventiva.

Superada a contextualização da prisão preventiva, passa-se a abordar os princípios que norteiam as prisões cautelares, objeto do próximo tópico.

2.4 ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA

Sem a pretensão de se esgotar o tema, cumpre registrar que a prisão preventiva, assim como as demais prisões cautelares, são norteadas por alguns princípios. O primeiro deles é o da dignidade da pessoa humana se encontra consagrado no inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal de 1988, dentre os fundamentos da República. Em se tratando da sua importância no âmbito do cumprimento da pena privativa de liberdade, segundo Manente e Ramos (2013, p. 8), “o princípio da dignidade da pessoa humana na seara do processo penal tal princípio é pedra angular para o regular desenvolvimento do rito procedimental”.

Significa dizer, portanto que o Estado, para aplicar o Direito Penal e impor uma sanção, mormente a pena privativa de liberdade, a mais grave das sanções penais, deve observar, em todo o deslinde processual, a dignidade da pessoa humana, garantindo respeito e não violando os direitos fundamentais dos indivíduos.

De acordo com alguns estudiosos do Direito, a Constituição de 1988 é atravessada pelo princípio em comento, que traz consigo o dever de assegurar a integridade física do ser humano, sendo, por conseguinte, um “super princípio” constitucional (MARTINS, 2006, p. 124).

Tem-se, ainda, o princípio do devido processo legal. A partir deste princípio, é concedido ao réu o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Possui expressa previsão constitucional no art. 5º, inciso LV da Constituição de 1988.

Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal (NUCCI, 2010, p. 82).

Para alguns doutrinadores, este princípio pode ser dividido em Defesa Técnica e Pessoal. A justificação da primeira (defesa técnica) decorre de uma exigência de equilíbrio funcional entre defesa e acusação e também de uma acertada presunção de hipossuficiência do sujeito passivo (acusado), de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusado (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 184).

Por último, a segunda (defesa pessoal), tanto pode ser positiva que é o “[...] momento em que o sujeito passivo tem a oportunidade de atuar de forma efetiva – comissão -, expressando os motivos e as justificativas ou negativas de autoria ou de materialidade do fato que se lhe imputa” (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 188).

Tem-se, também, o princípio da presunção da inocência, conhecido também como princípio do estado de inocência (ou da não-culpabilidade), significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença penal condenatória, com trânsito em julgado. Encontra-se previsto no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal de 1988.

Tal princípio tem por objetivo garantir, essencialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa; ou seja, cabe ao órgão acusador provar a culpabilidade do acusado, e não ao acusado demonstrar sua inocência. Nas palavras de Nucci (2010, p. 81) “as pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu”.

Outro princípio de grande relevo é o da excepcionalidade. Este princípio é de suma importância, pois como leciona Lopes Júnior (2009, p. 52), é um dos princípios mais violados, juntamente com o princípio da proporcionalidade. No decorrer deste trabalho está sendo enfatizado de que a prisão é a exceção e não a regra, porém, infelizmente temos observado de forma contrária.

Dentro das características observa-se que a prisão é medida de extrema necessidade que irá refletir em um dos bens mais precioso do sujeito, sendo o da liberdade.

Portanto, toda prisão apresenta na vida do sujeito uma repercussão geral, que marcará sua vida até nos seus últimos dias, sempre que uma pessoa se lembrar daquele sujeito que um dia foi acusado, preso condenado ou não, terá argumento principalmente negativo contra aquela pessoa, por isso é indispensável à precisão técnica para que a repercussão tenha menos impacto na vida do acusado, seja o menos gravoso possível (se que isso é possível), pois os reflexos da prisão ou acusação sempre refletiram no sujeito e nas pessoas a sua volta, e jamais haveria reparação suficiente por parte do Estado.

As prisões cautelares são também norteadas pelo princípio da provisionalidade ou da precariedade. Refere-se à prisão cautelar de forma situacional, ou seja, sendo esclarecida ou resolvida à situação, não há porque

permanecer com a condição de cárcere, pois a facticidade inexistente, conforme art. 316 do Código de Processo Penal.

Na alteração do Código de Processo Penal a aplicação das medidas cautelares diversas tem sido um instrumento adequando, pois, além de diminuir as superlotações dos presídios e outros, também mantém as garantias e direitos constitucionais já expressos entre outros benefícios a questão da economia para o próprio Estado devido ao alto custo de manutenção do cárcere

Por último, mas não menos importante, tem-se o princípio da razoabilidade. A Constituição Federal de 1988 não trata expressamente do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, pois se trata de um postulado constitucional implícito. Este princípio tem por objetivo conservar a ordem estabelecida pela Constituição Federal e de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos.

Utilizado a doutrina de Bonfim (2011, p. 46) discute-se a natureza jurídica do princípio da proporcionalidade, assegurando que:

Sua validade como verdadeiro “princípio” no sentido de ser uma norma princípio de necessária aplicação. Aduz-se, contudo, não ser apenas um “princípio”, tal como estes são tradicionalmente concebidos, mas um princípio mais importante, um “princípio dos princípios”, ou um “superprincípio”, porque, enquanto todos os demais princípios jurídicos são relativos (não absolutos) e admitem flexibilizações ou balanço de valores, o princípio da proporcionalidade é um método interpretativo e de aplicação do direito para a solução do conflito de princípio.

Observando a doutrina, nota-se o reconhecimento por parte dos doutrinadores, que o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade é composto por três elementos que são: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Não há como negar, portanto, que a base deste princípio explica “que ao ser analisado uma lei restritiva de direito, deve-se ter em vista o fim a que ela se destina, aos meios adequados e necessários para atingi-lo e o grau de limitação e de promoção que ela acarretara aos princípios constitucionais” (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 67) que acaba se envolvendo, o princípio da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Superadas tais questões, passa-se a abordar, no próximo capítulo, a problemática do excesso de prazo nas prisões cautelares à luz do princípio da razoabilidade.

3 EXCESSO DE PRAZO NAS PRISÕES CAUTELARES À LUZ DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

O sistema prisional brasileiro enfrenta inúmeros problemas, sendo talvez o mais gritante a superlotação, o que se deve, em grande parte, ao número de presos provisórios, que segundo dados do Conselho Nacional de Justiça correspondem a 40% da população carcerária. (CNJ, 2020)

Fator que contribui para o grande número de presos provisório é a utilização da prisão preventiva, não raras vezes, como antecipação da pena privativa de liberdade. Em meio a esse contexto é de suma importância averiguar o excesso de prazo nas prisões cautelares, com ênfase na modalidade de prisão preventiva, como se passa a expor.

3.1 EXCESSO DE PRAZO NAS PRISÕES CAUTELARES

Diferentemente da prisão temporária, que tem seu prazo máximo estabelecido no art. 2º da Lei nº 7.960/1989, e da prisão em flagrante, que em 24 horas deve ser

encaminhada ao juiz competente para que, se necessário, seja convertida em prisão preventiva, esta não tem prazo estabelecido em lei.

Segundo Nucci (2014, p. 93), é uma das características das prisões cautelares, salvo a temporária, o não estabelecimento de prazo em lei, “razão pela qual, decretada a preventiva, mantém-se durante todo o transcurso do processo”. Contudo, é mister que se imprima, por estar o réu preso, celeridade aos atos processuais, sob pena de se configurar antecipação da pena e afronta ao princípio da presunção de inocência.

O art. 312 do Código de Processo Penal estabelece os fundamentos taxativos para decretação da referida prisão cautelar, mas nada estabelece a respeito de seu prazo, da mesma forma, não há em qualquer outro documento legal estabelecimento de prazo máximo para esta forma de prisão.

A esse respeito leciona Lopes Júnior (2009, p. 55), para quem:

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

Diante da ausência de prazo estabelecido para duração da prisão preventiva, a jurisprudência desenvolveu a “regra dos 81 dias”. A partir desse critério somam-se os prazos do procedimento comum ordinário desde o início do inquérito até a prolação da sentença, resultando 81 dias.

A este respeito, explica Lopes Júnior (2009, p. 102) que embora louvável a iniciativa e a finalidade desse posicionamento jurisprudencial, [...] tal critério não é isento de críticas. Primeiramente não abarca as etapas procedimentais posteriores à sentença de primeiro grau [...].

Outra vertente muito relevante é sobre o prazo nonagesimal, introduzido no art. 316 parágrafo primeiro do Código de Processo Penal, pela lei 13.964/2019, que estabeleceu que o magistrado revisará, a cada 90 dias, a necessidade da manutenção da prisão, mediante decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão ilegal (BRASIL, 1941), talvez o que neste momento, gere maiores incompreensões.

Fazendo uma análise do dispositivo de lei, pensamos não ter outro entendimento dessa regra, a não ser o de decorrido o prazo matemático de 90 dias, a conclusão automática e inevitável de que a prisão se tornaria ilegal e seria imediatamente relaxada.

No entanto, o que se observa na prática é a mitigação deste novel artigo, em decisão do STF (HC 191836, SL 1395), caso de grande repercussão, do paciente André do Rap, entendeu a Suprema Corte que esse prazo não é peremptório e, que não deve ter interpretação literária do texto de lei.

De lado outro, apesar das tentativas da jurisprudência, ainda não há no ordenamento um prazo global estabelecido para a prisão preventiva. O grande problema criado pela falta de determinação da lei implica negação de direitos fundamentais, já que relativiza garantias constitucionais.

A este respeito, argumenta Lopes Júnior (2009, p. 106):

Estabelecida existência de uma coação estatal, devemos recordar que ela deve estar precisamente estabelecida em lei. É a garantia básica da *nulla coactio sine lege*, princípio basilar de um Estado Democrático de Direito, que incorpora a necessidade de que a coação seja expressamente prevista em lei, previamente e com contornos claramente definidos. Nisso esta compreendido, obviamente, o aspecto temporal.

Já Nucci (2014, p. 93) destaca que duas questões devem ser sopesadas, em se tratando do prazo da prisão preventiva. A primeira é a razoabilidade:

A razoabilidade liga-se aos seguintes pontos: a) análise do rito legalmente estabelecido ao processo (ordinário, sumário ou sumaríssimo); b) avaliação da capacidade produtiva da Vara onde tramita o feito; c) percepção da maneira de atuar do órgão acusatório – se procrastinando o andamento ou não – bem como do juiz; d) verificação do número de réus e seus defensores, situação que, naturalmente, provoca a lentidão do desenvolvimento processual.

Prossegue o autor destacando que a razoabilidade, no que tange o período de prisão cautelar, é que leva a compreender se tratar ou não de constrangimento ilegal. E buscando tornar mais clara a questão, Nucci (2014, p. 94) exemplifica que numa Vara Criminal sem muitas demandas, com atuação normal das partes e da condução adequada do magistrado, não se justifica a demora no procedimento a ensejar excesso de prazo de prisão. Porém, se vários forem os réus, e o processo versar sobre crime de natureza grave, em Vara Criminal com grande número de processos, pode levar mais tempo do que se prevê para o rito procedimental. A

razoabilidade é que permitirá averiguar, na análise do caso concreto, se há ou não excesso de prazo a conduzir o acusado à liberdade.

No que tange o princípio da proporcionalidade, três elementos devem ser sopesados: o primeiro é a gravidade concreto do crime; o segundo as penas cominadas; e, o terceiro, as condições pessoais do réu (NUCCI, 2014, p. 94).

Para Nucci (2014, p., 94), deve-se averiguar se o delito praticado possui pena de duração extensa, o que pode comprometer a celeridade processual, ou se o acusado, por suas condições pessoais, tais como primariedade, tem aptidão para receber a pena mínima. Em se tratando de réu reincidente, por exemplo, que tenha cometido um latrocínio, cuja pena prevista no Código Penal é de 20 a 30 anos, uma prisão cautelar de seis meses é proporcional. Porém, em se tratando de prática de lesão corporal simples, cuja pena de detenção é de três meses a um ano, a segregação cautelar por seis meses é deveras desproporcional.

Portanto, é averiguando a razoabilidade e a proporcionalidade que se pode, no caso concreto, aferir se o tempo de prisão cautelar é ou não abusivo.

Resta evidente, portanto, que configurado o excesso de prazo restam afrontados diversos direitos fundamentais, principalmente porque há uma antecipação da pena, mantendo no cárcere pessoa que deveria aguardar a prolação de uma sentença penal condenatória.

3.2 APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

No capítulo anterior viu-se a importância dos princípios que norteiam a prisão cautelar na atualidade, dentre eles o princípio da razoabilidade. O entendimento dos Tribunais de que é o princípio da razoabilidade que permite a flexibilização dos prazos estipulados para os respectivos atos processuais.

Ocorre que o princípio da razoabilidade não é o preceito que permite a flexibilização de prazos, mas justamente o limite desta flexibilização. Isto porque não se nega que o extrapolamento dos prazos processuais é admitido, em casos, por exemplo, onde haja constatação da complexidade da causa, no entanto, este extrapolamento de prazos é admitido desde que seja respeitado o princípio da razoabilidade.

Em decisão prolatada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça encontra-se decisão que aplicou o princípio, a saber:

[...] Esta Corte Superior, aliás, já se posicionou, no sentido de que a dilação do término do processo, pela natureza do *persecutio criminis*, visando a perquirição da verdade real e o exercício do contraditório e da ampla defesa, poder ser flexibilizada desde que observe o Princípio da Razoabilidade. (RHC 39.921, Min. Moura Ribeiro).

Destarte, como enfatiza Lopes Júnior (2009, p. 45), o entendimento de que a razoabilidade é o limite da flexibilização de prazos, e não o seu permissivo, é o posicionamento da doutrina. Isto porque o princípio em comento representa “uma garantia do indivíduo dentro o sistema jurídico” e, por isso, não teria condão punitivo, mas de garantia.

3.3 EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 E A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, trouxe ao art. 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII, que trata especificamente do direito fundamental à razoável duração do processo.

A partir da análise deste inciso, em conjunto com os preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto de San Jose da Costa Rica, ambos ratificados pelo Brasil, entende-se que existe o direito de o acusado preso cautelarmente ser posto em liberdade se constatado o constrangimento ilegal da prisão preventiva pelo excesso de prazo. Da mesma forma, o inciso LXV do art. 5º, da Constituição Federal prevê que toda prisão ilegal será imediatamente relaxada.

Trata-se de um desdobramento do princípio do direito de ação, previsto na Constituição Federal, no art. 5º, XXXV, que, conforme já analisado no princípio do acesso à justiça, trata-se de garantir a tutela jurisdicional adequada.

O texto legal trazido pela Constituição Federal aponta duas diretrizes. A primeira parte do texto constitucional é em relação à razoável duração do processo, também denominada de princípio da tempestividade da tutela jurisdicional. Tal princípio depende do exame caso a caso, e devem ser levadas em consideração as especificidades do caso para visar um julgamento célere. A segunda parte trata das condições de verificar mecanismos que visem racionalizar, otimizar e tornar eficiente a prestação jurisdicional.

Desta feita, o caráter da razoável duração de um processo deve ser apreciado conforme as circunstâncias particulares do processo em julgamento, e devem ser

levados em consideração três critérios: a complexidade das questões de fato e de direito discutidas no processo; o comportamento das partes e de seus procuradores; além da atuação dos órgãos jurisdicionais

3.5 SÚMULAS APLICÁVEIS

Inicialmente, cumpre ressaltar que a súmula nº 21, Superior Tribunal de Justiça dispõe que “pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”, de 1990.

De teor bastante aproximado da Súmula nº 52 do mesmo órgão julgador, trata da alegação do excesso de prazo quanto aos crimes contra a vida. Estabelece que o termo final do direito ao processo em prazo razoável, para fins de desencarceramento pelo excesso de prazo, é a prolação da sentença de pronúncia, como leciona Oliveira (2008, p. 126):

No caso da Súmula 21, como visto, a lástima reside no fato de que, pronunciado o réu, presume-se que o julgamento em Plenário do Júri ocorrerá logo, não sendo necessário a soltura do réu, ignorando-se assim, o excesso havido na primeira fase (instrução). Todavia, quando esta estreiteza de tempo entre pronúncia e julgamento não acontece, implicando, pois, num segundo excesso de prazo para o réu, o que vem ocorrendo é que, novamente ele não será liberado pois, aquele tempo anteriormente preso na fase instrutória simplesmente é desconsiderado.

Cumprido, então, averiguar o que dispõe a Súmula nº 52 do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe que não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.

Dando seguimento, tem-se a Súmula 52 STJ. A súmula nº 52 do Superior Tribunal de Justiça, define o termo final do direito ao processo no prazo razoável, no que se refere à necessidade de desencarceramento, pelo excesso de prazo.

Nasceu, de acordo com Lopes Júnior (2009, p. 108), da constatação de que o prazo de 81 dias para prolação da sentença de 1º grau era meta dificilmente atingível. Optou-se, portanto, por encurtar o termo final, adotando o final da instrução. Desta forma, apenas caberia alegação de excesso de prazo até a oitava das testemunhas de defesa, ficando excluídos do computo os prazos relativos a apresentação de alegações finais e prolação da sentença.

E o autor pontua que o “direito à ‘razoável duração do processo’ não pode ser reduzida ao direito à ‘razoável duração da instrução’. O término da instrução não põe fim ao processo!” (LOPES JUNIOR, 2009, p. 109).

A orientação da Súmula nº 52, de acordo com Oliveira (2008, p. 122), segue a linha de entendimento em que, a fase mais crítica do processo é a instrução, e que, superada esta fase, restariam poucos atos para o fim do feito. Logo, não seria razoável restabelecer a liberdade daquele que, durante a instrução, permaneceu preso, já que a prolação da sentença estaria próxima.

Segundo Oliveira (2008, p. 126) é o entendimento do autor que esta súmula (assim como as outras duas) não podem ser aplicadas automaticamente que esta orientação “[...] deve ter seus limites estipulados principalmente com base no princípio da razoabilidade, preceito este indissociável de qualquer relação jurídica que busque se aproximar o máximo o ideário de justiça” (OLIVEIRA, 2008, p. 126).

De acordo com Lopes Júnior (2009, p. 109), há uma antinomia entre os termos finais estabelecidos entre a Súmula nº 52 e a Súmula nº 21. Isto porque, quanto ao rito ordinário (Súmula nº 52) excluíram-se os prazos para a apresentação de alegações finais e para prolação da sentença; quanto ao tribunal do júri, incluíram-se os prazos de apresentação das alegações finais e de prolação da sentença de pronúncia.

Por último, mas não menos importante, tem-se a Súmula nº 64 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que “não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”, está em pleno acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial internacional a respeito do excesso de prazo. A demora advinda de atos abusivos do direito de defesa não é passível de caracterizar o constrangimento ilegal por excesso de prazo.

Apesar disso, equivocada interpretação da súmula tem dado entendimento diverso ao momento do término da instrução:

[...] um desvirtuamento da Súmula n. 64, tem levado ao equivocadíssimo entendimento de que o termo final para se alegar o constrangimento ilegal, pelo excesso de prazo da prisão, é o término da oitiva das testemunhas de acusação (LOPES JUNIOR, 2009, p. 110).

De acordo com Oliveira (2015, p. 125-126), a súmula não teve a finalidade de conter atos protelatórios por parte da defesa, pois [...] percebe-se que os

precedentes que convergiram na confecção desta Súmula estão lucidamente cientes que o excesso no prazo se deu [...] pelo normal exercício da ampla defesa”.

Importante ressaltar que, como se poderá observar da pesquisa jurisprudencial, o entendimento destas súmulas vem sendo flexibilizado, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, em adequação ao princípio do processo em prazo razoável.

Ademais, observa-se que:

[...] se a análise do caso concreto do excesso de prazo resultar incompatibilidade com uma das três súmulas estudadas, não há óbice em dar a prestação jurisdicional diferentemente do que está no enunciado, até porque, excetuando-se as súmulas vinculativas, em relação as outras, não está o juiz, por força do inc. II do art. 5º da Constituição (princípio da reserva legal), obrigado a obedecer a orientação sumular (OLIVEIRA, 2008, p. 125-126).

Não há como negar, portanto, que as súmulas de fato representam o entendimento dos Tribunais Superiores, já que nem todo excesso de prazo, principalmente quando se dá em virtude da atuação da defesa, enseja a colocação do acusado em liberdade.

3.5 SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E AUDIÊNCIA COM DATA PRÓXIMA

Por derradeiro, duas questões merecem ser ainda citadas. A primeira é a superveniência de sentença penal condenatória, que afasta, segundo entendimento dos Tribunais Superiores, eventual alegação de excesso de prazo, pois transmutando a natureza da prisão, esta torna-se legítima.

A segunda questão diz respeito à designação de audiência com data próxima. Também nesse ponto os Tribunais Superiores firmam o entendimento quanto à inexistência de constrangimento ilegal a ensejar a colocação do acusado em liberdade, pois resta claro que a instrução processual se encontra em curso.

Em que pese tais considerações, fato é que a prisão preventiva e a sua duração são questão tormentosa na doutrina e jurisprudência, principalmente porque a duração da fase instrutória sofre influências diversas, a exemplo da atuação da defesa, da quantidade de processos que determinada Vara Criminal possui, da existência ou não de juiz titular na comarca, dentre outros. Portanto, deve o

magistrado, na análise do caso concreto, averiguar se é razoável o prazo da prisão preventiva, pois esta, como já dito, não pode configurar antecipação da pena, desvirtuando a sua razão de ser. Logo, desaparecendo os pressupostos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, esta deve ser imediatamente revogada.

3.6 FIXAÇÃO DE PRAZO MÁXIMO PARA A PRISÃO PREVENTIVA E SEGURANÇA JURÍDICA

Como visto nos tópicos anteriores, há uma preocupação com a duração razoável da prisão preventiva, haja vista sua natureza cautelar. Porém, por se tratar de um critério subjetivo, não há segurança jurídica para aqueles que são submetidos a tal medida e o que pode ser interpretado por um julgador como prazo razoável, a ponto de conceder um *habeas corpus*, por exemplo, por outro pode ser visto como prazo adequado, entendendo pela manutenção do encarceramento.

Nesse cenário ganha relevo a necessidade de fixação de um prazo máximo para a duração da prisão preventiva, assim como ocorre com a prisão temporária. Tal fato corroborará para a maior segurança jurídica e, também, para a redução do número de presos provisórios no Brasil, o que contribui para a superlotação carcerária.

Segundo Coutinho, Pereira e Leal (2018) há países que já se preocuparam em regulamentar a questão, a exemplo da Argentina, que em seu código processual estabelece que a prisão processual não poderá ultrapassar 02 (dois) anos, podendo, em casos excepcionais, ser ampliado o prazo por mais 01 (um) ano, desde que devidamente fundamentada a decisão.

Santos (2008, p. 101), ao tratar da regulamentação no direito argentino, ressalta que o legislador tratou de regular o prazo máximo da prisão preventiva de um modo unitário para todos os processos, ou seja, não considera o delito nem as particularidades do caso e peculiaridades do agente. É na possibilidade de ampliação, somente, que o magistrado poderá analisar tais questões.

Castilhos (2012) ressalta que a Argentina regulamentou a duração máxima da prisão processual após vários debates sobre a necessidade de ser a prisão cautelar uma medida excepcional e reconhecer que o “prazo razoável” nem sempre é adequado, dada a indeterminação conceitual.

Ainda de acordo com Santos (2008), o Paraguai também conta com um diploma legal que trata do prazo máximo da prisão processual. No artigo 136, do Código de Processo Penal, prevê a duração máxima de três anos para o processo, devendo ser extinto se, decorrido tal prazo, não tiver sido prolatada decisão. E o art. 154 traça os limites temporais para a prisão preventiva, pois “quando alcançar a metade da pena privativa de liberdade, o tribunal citará o detido de ofício para uma audiência, com o fim de considerar a cessação ou a prolongação da medida” (SANTOS, 2008, p. 100).

Também o Peru, segundo Santos (2008), conta com previsão de um prazo máximo para a prisão de natureza preventiva. Contudo, o prazo sofre variações a depender do rito processual previsto para cada delito. E o autor acrescenta:

[...] no modelo processual peruano, em seu artigo 137, há um prazo de duração da prisão preventiva, que varia em função do rito procedimental previsto para os delitos, de modo que, com o seu vencimento o tribunal tem a obrigação de soltar o detido. É evidente que em alguns casos, poderá a detenção prolongar-se, desde que ocorram circunstâncias que importem em uma especial dificuldade na investigação ou em que o acusado possa subtrair-se à ação da Justiça. O sistema processual penal peruano opera de acordo com o princípio da excepcionalidade, que, na lição de Castro, traz consigo a regra da temporalidade, eis que a detenção deve durar o tempo estritamente necessário para assegurar a finalidade de toda medida cautelar pessoal, devendo ser aplicada com humanidade e respeito à dignidade do ser humano (SANTOS, 2008, p. 101).

Semelhante sistema é adotado no direito italiano, que trata de prazos segmentados, a depender da natureza do delito praticado, sendo uma inovação recente, pois até o ano de 1955 inexistia previsão de duração da prisão processual. Atualmente, a questão é prevista no art. 303 do Código de Processo Penal Italiano, que estipula o prazo máximo de 04 (quatro) anos para os crimes cuja pena prevista, em abstrato, não seja superior a 20 (vinte) anos; e, de 06 (seis) anos para os crimes cuja pena prevista em lei é a prisão perpétua ou reclusão por período superior a 20 (vinte) anos (SANTOS, 2008).

Embora tenha o legislador regulamentado prazo da prisão preventiva, a questão não é isenta de críticas, pois Ferrajoli, por exemplo, entende que os prazos são muito altos e deveriam ser reduzidos para obstar abusos, por parte do Poder Público, e afluência, por parte do preso (SANTOS, 2008).

Também no continente europeu a Espanha conta com previsão de duração máxima da prisão preventiva, embora este dependa da pena cominada para o delito, além de também prever a possibilidade de prorrogação da medida. Em todo caso,

não poderá ser superior a 03 (três) meses, quando se trata de delito que corresponda a pena de arresto maior, nem superior a 01 (um) ano, quando a pena seja de *prisão menor* ou de dois anos quando a pena for de *prisão maior*, como leciona Santos (2008, p. 104):

[...] na Espanha, a prisão preventiva possui uma duração máxima de 02 anos, podendo ser prorrogada por mais 02 anos, chegando ao máximo a 04 anos; deste modo, para os casos excepcionais acima referidos, e nas hipóteses de prisão menor ou superior, pode durar até o limite da metade da pena imposta na sentença quando desta houver recurso, devendo ser decidida pelo mesmo juiz da instrução.

A Alemanha também conta com legislação específica, que prevê o prazo máximo de 06 (seis) meses de duração do acautelamento provisório. Contudo, possibilitou o legislador que em situações particulares, o prazo em comento pode ser suspenso ou prorrogado por mais 06 (seis) meses, não podendo ultrapassar, em nenhum caso, 01 (um) ano (COUTINHO; PEREIRA; LEAL, 2018).

Por sua vez, na França, que conta com diversos tipos de detenção, e há distinção entre delitos e crimes, há também prazos diferenciados para a prisão preventiva, como se extrai da lição de Santos (2008, p. 105):

O sistema francês faz distinção entre delitos e crimes. Os primeiros são considerados “não-graves” e os segundos possuem natureza mais grave; sendo assim, quando a infração em questão for um crime, um ano de detenção preventiva é o máximo, porém pode essa ser prorrogada por períodos máximos de 06 meses até o encerramento oficial da instrução. Contudo, a detenção total não pode exceder 02 anos se o máximo da pena é menor que 20 anos de prisão, ou além de 03 anos em qualquer hipótese. Assim, o período máximo pode excepcionalmente ser de 04 anos quando ao acusado estiver sendo imputada a prática de certas infrações especificamente enumeradas. Por outro lado, quando se tratar de delito, a detenção não pode exceder 04 meses, exceto quando a pessoa já tenha sido sentenciada por uma pena criminal ou por uma sentença superior a um ano. Quando estas condições se fizerem presentes, a detenção poderá ser prorrogada por períodos não-superiores a 04 meses, verificando-se que o total da detenção não exceda a 01 ano. Excepcionalmente o período máximo chegará a 02 anos quando o réu estiver sendo processado por certas infrações especificamente previstas e puder ser condenado a uma pena de até 10 anos de prisão.

Em Portugal, segundo Medeiros (2017), há previsão expressa na Constituição de que a prisão processual deverá se pautar no princípio da duração razoável. E, para regulamentar a questão o Código de Processo Penal, a partir do art. 215, estabeleceu o prazo de 04 (quatro) meses, sem que tenha sido deduzida acusação; de 08 (oito) meses, havendo lugar a instrução, tendo sido proferida decisão

interlocutória; 14 (quatorze) meses, caso tenha havido condenação em primeira instância; e, por fim, 18 (dezoito) meses, caso tenha havido condenação com trânsito em julgado.

Anote-se, ainda, que os prazos acima mencionados poderão ser elevados, respectivamente, para seis meses, dez meses, um ano e seis meses e dois anos, nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, ou quando se proceder por crime punível com pena de prisão de máximo superior a 08 (oito) anos, ou nos crimes elencados no item 02, do art. 215 (MEDEIROS, 2017), dentre os quais se encontram, por exemplo, os crimes de corrupção, peculato e lavagem de dinheiro.

Percebe-se que há, em Portugal, uma relação com o estágio do processo e o prazo de duração da prisão preventiva, de modo que a inércia do Judiciário ou do órgão de acusação não cause prejuízos ao acusado.

Resta evidente, portanto, a importância de se fixar um prazo máximo para duração da prisão preventiva, tal como ocorre em outros países do mundo. Isso se deve porque embora o Brasil reconheça a duração razoável da prisão cautelar, o critério subjetivo, decorrente de um conceito indeterminado, no caso concreto pode causar sérios danos ao acusado, o que também atinge a sociedade, pois como já dito o número de presos provisórios, no Brasil, é muito alto. Tal fato não apenas viola os direitos do acusado, mas também gera insegurança jurídica, sendo necessário debater mais a questão, principalmente na seara legislativa, para fomentar alteração na legislação processual vigente.

CONCLUSÃO

Buscou-se compreender, ao longo do presente estudo, a aplicabilidade do princípio da razoabilidade para assegurar a duração razoável nas prisões cautelares. Viu-se que a regra é a prisão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Contudo, há hipóteses em que o próprio legislador autoriza a prisão de natureza cautelar, a exemplo da prisão em flagrante, da prisão temporária e da prisão preventiva. Tais questões evidenciam a necessidade de se discutir um prazo máximo de duração para a prisão preventiva.

Em se tratando da prisão preventiva, deve o julgador se atentar para as hipóteses de cabimento, que permitem certa discricionariedade do julgador na sua análise, a exemplo da manutenção da ordem pública, bem como os requisitos de admissibilidade, sob pena de ser a prisão revogada, por não preencher os requisitos legais.

Não se pode ignorar, contudo, que apesar da vinculação do julgador ao texto da lei, e aos princípios que norteiam o ordenamento jurídico pátrio, como o princípio da presunção da inocência, a prisão preventiva vem sendo utilizada de forma desarrazoada, como meio de dar uma resposta à sociedade à crescente onda de violência.

A partir do estudo doutrinário e pesquisa jurisprudencial realizada, foi possível concluir que os Tribunais pesquisados se utilizam timidamente das medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, prevalecendo, uma preferência pela aplicação (ou manutenção) da prisão preventiva.

Apesar de não ter sido entendimento unânime entre os julgados estudados, muitos dos casos de reconhecimento do constrangimento ilegal se deram por descumprimento de prazos de forma isolada, como para o oferecimento da denúncia, por exemplo. Com isso, pode-se concluir que os prazos estabelecidos na legislação processual penal, embora não estabeleçam sanção por seu descumprimento, devem ser obedecidos, podendo seu extrapolamento gerar o desencarceramento do acusado preso preventivamente por excesso de prazo, em nome do princípio da razoável duração do processo.

Nota-se que a valorização da cisão do processo, nos casos onde ela seja possível, é uma prática positiva da autoridade judiciária pois busca celeridade na tramitação sem atropelar as garantias do acusado, mas reduzindo a complexidade do feito.

Concluiu-se ainda que os Tribunais entendem que é possível que haja excesso de prazo depois do encerramento da instrução, apesar do que preveem as Súmulas nº 52 e 21 do Superior Tribunal de Justiça. As referidas súmulas foram flexibilizadas inclusive pelo tribunal prolator. E mesmo nos casos onde houve o entendimento pela aplicação das súmulas, houve também análise quanto à tramitação do feito, demonstrando que o entendimento predominante é o de que o excesso de prazo da prisão preventiva pode ocorrer mesmo depois de encerrada a instrução.

Assim, a partir da pesquisa realizada foi possível concluir que o direito ao processo em prazo razoável é reconhecido e aplicado por todos os Tribunais pesquisados, no entanto, ainda é minoritária a linha de argumentação que entende pelo desencarceramento do acusado preso preventivamente por excesso de prazo em nome do princípio da razoável duração do processo.

Não obstante, o que se percebe é que o princípio da razoável duração do processo, que norteia a prisão preventiva, que deve ser mantida dentro do razoável, repita-se, gera insegurança jurídica, pois trata-se de conceito indeterminado e que, por ser subjetivo, pode conduzir a interpretações diversas, culminando em decisões também diversas, para situações semelhantes.

Por isso o Brasil precisa, urgentemente, a exemplo do que fizeram países diversos, como a Alemanha, a França, Portugal e Argentina, dentre outros, estabelecer um limite em lei, de duração máxima da prisão preventiva, a exemplo do que ocorre com a prisão temporária, que findo o prazo ou será convertida em preventiva ou será o investigado/indiciado colocado em liberdade.

Destarte, são necessários debates na seara acadêmica, jurisprudencial e legislativa, pois o que se percebe, na atualidade, até mesmo pela escassez de estudos, é a não preocupação com a inexistência de um prazo pré-determinado, fixado em lei para a duração da prisão preventiva. Enquanto perdurar tal situação restará instaurada a insegurança jurídica e comprometido todo o sistema prisional. Há de se clamar do Estado uma intervenção urgente, pois a legislação deve trazer, de forma clara, o prazo máximo de duração da prisão preventiva.

REFERÊNCIAS

BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da Pena na Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 20. ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do código de processo penal**: comentários à Lei n. 12403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANCO, Tales Castelo. **Da prisão em flagrante**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941: Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 02 nov. 2020.

CABRAL, Karina Melissa. **Prisão preventiva**: um mal necessário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Art. 5^a, LXI. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CASTILHOS, Tiago Oliveira de. **A Inconstitucionalidade da Prisão Processual pelo Descumprimento do Prazo Razoável**: uma proposta à luz do Tratado de Assunção. 2012, 161 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto alegre, 2012.

COUTINHO, Gisele de Castro; PEREIRA, Larissa Fernandes Saboia; LEAL, Patrícia de Sousa Barros. O excesso de prazo na prisão preventiva e seu efeito nos princípios constitucionais. **Encontros de Iniciação Científica UNI7**, v. 8, n. 1, 2018.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 33 ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GEMAQUE, Sílvio César Arouck. **Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar**. São Paulo: RCS, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processo Penal e Sua Conformidade Constitucional**, v. 2. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris., 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAMENTE, Ruben Rockenbach; RAMOS, Jonas Machado. **Manual de prática em direito**: processo penal, v. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MARTINS, José Henrique Shaefer. **Prisão provisória**: medidas de exceção no direito criminal brasileiro. Curitiba: Juruá, 2006.

MEDEIROS, Mayara Sousa. **O princípio da razoável duração do processo no prazo da prisão preventiva**: medida cautelar. 2017, 56 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Fabio Corrêa Souza de. **Por Uma Teoria dos Princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

OLIVEIRA, Ronaldo Kietzer. Do excesso de prazo nas súmulas do STJ. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 3, n. 1, p. 118-127, jan./abr. 2008.

PERRY, Marvin. **Civilização ocidental: uma história concisa**. 3. ed. Tradução: Waltensir Dutra. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Prisão cautelar: o suplício pós-moderno**. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, p. 179-190, 2008.

Disponível em: <

<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/download/103/103>>. Acesso em: 02 nov. 2020.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval; CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. **Manual de Prisão e Soltura Sob a Ótica Constitucional: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Método, 2009.

SANTOS, Vinicius Lang dos et al. **O direito constitucional ao prazo razoável e a duração da prisão preventiva**. 2008, 138 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais no supremo tribunal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.