



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**CAROLINA MACÊDO DE MACÊDO**

**O CARÁTER PROVISÓRIO DA PRISÃO PREVENTIVA**

Salvador  
2018

**CAROLINA MACÊDO DE MACÊDO**

**O CARÁTER PROVISÓRIO DA PRISÃO PREVENTIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito básico para a conclusão do Curso de Bacharel em Direito.

Orientador: Thaize de Carvalho Correia.

Salvador  
2018

CAROLINA MACÊDO DE MACÊDO

## O CARÁTER PROVISÓRIO DA PRISÃO PREVENTIVA

Relatório final, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como parte das exigências para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Salvador, 19 de fevereiro de 2017.

### BANCA EXAMINADORA

---

Thaize de Carvalho Correia (Orientador)  
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Fernanda Ravazzano Lopes Boqueiro  
Faculdade de Direito/UFBA

---

Prof. Dr. Sebastián Borges de Albuquerque Mello  
Direito pela Universidade Federal da Bahia

“Ainda que o próprio Deus ditasse as leis, ainda que os juízes fossem santos, ainda que os promotores de justiça fossem super-homens, ainda que delegados e policiais formassem um exército de querubins, ainda assim o direito – e o direito penal em particular – seria um instrumento de desigualdade”

(Paulo de Souza Queiroz, Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo, 2002, p. 30).

MACÊDO, Carolina Macêdo de. O caráter provisório da prisão preventiva. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

## RESUMO

O presente trabalho estuda o caráter provisório da prisão preventiva, tido como medida cautelar à serviço do processo penal, e os reflexos de sua aplicação, tendo como ponto de partida a teoria garantista de Luigi Ferrajoli. Apesar da provisoriedade da medida, inexistente regramento na legislação brasileira que defina seu período de duração, por isso, dá suporte à ampla margem para manuseio indevido do instituto, constituindo indevidamente, por vezes, como verdadeira antecipação de pena. O Estado Democrático de Direito, pugna pela excepcionalidade da prisão preventiva, que precisa ser encarada como providência extrema a ser adotada, por um breve período de tempo, somente enquanto estiverem presentes os fundamentos que a ensejaram, de forma que, seu prolongamento extenso e indevido no tempo viola não apenas sua característica, como também os princípios que a amparam. Ante a tal indefinição, portanto, é preciso que se estabeleçam critérios minimamente aplicáveis para limitar o seu prazo, a fim de que se possa saber quando estaria configurada a ilegalidade da prisão.

**Palavras-chave:** Prisão Preventiva; Provisoriamente; Presunção de Inocência; Prazo.

MACÊDO, Carolina Macêdo de. The provisional nature of preventive detention. Undergraduate thesis – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

## **ABSTRACT**

The present study examines the provisional nature of the preventive detention, taken as a precautionary measure in the service of the criminal process, and the consequences of its application, starting from Luigi Ferrajoli's theory of guarantor. Despite the provisionality of the measure, there is no rule in Brazilian law that defines its duration, and therefore, support the wide margin for improper handling of the institute, unduly constituting sometimes as a true anticipation of penalty. In the Democratic State of Law, it argues for the exceptional nature of pre-trial detention, which must be regarded as an extreme measure to be adopted for a short period of time only for as long as the grounds for it are present, so that its prolongation in time it violates not only its characteristic but also the principles that support it. Faced with such uncertainty, therefore, it is necessary to lay down minimally applicable criteria to limit its time limit so that one can know when the unlawfulness of the imprisonment would be established.

**Key words:** Preventive Detention; Provisionality; Presumption of Innocence; Term.

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO</b> .....  | <b>7</b>  |
| <b>2 A TUTELA DA PRISÃO PREVENTIVA</b> .....   | <b>8</b>  |
| 2.1 A ÓTICA GARANTISTA DO PROCESSO PENAL.....  | 8         |
| 2.2 O GARANTISMO E AS PRISÕES CAUTELARES.....  | 12        |
| 2.3 ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR.....   | 16        |
| 2.4 REQUISITOS E FUNDAMENTOS.....  | 20        |
| 2.5 CARACTERÍSTICAS.....   | 23        |
| <b>3 A PROVISORIEDADE DA PRISÃO PREVENTIVA</b> .....                                     | <b>28</b> |
| 3.1 AMEAÇA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....                                   | 30        |
| 3.2 PROIBIÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE PENA.....  | 33        |
| 3.3 AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO TEMPORAL.....  | 36        |
| 3.4 INDETERMINAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO E O DIREITO À RAZOÁVEL<br>DURAÇÃO DO PROCESSO..... | 40        |
| <b>4 O PRAZO E O EXCESSO DE PRAZO NA DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA</b><br>.....           | <b>46</b> |
| 4.1 OS PRAZOS DE DURAÇÃO EXISTENTES.....   | 47        |
| 4.2 MARCOS PRAZAIIS IMPORTANTES NA AMÉRICA LATINA.....                                   | 52        |
| 4.3 EXCESSO DE PRAZO E EXAME PERIÓDICO.....  | 55        |
| <b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....  | <b>59</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....  | <b>61</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso foi construído através do método dialético, por meio do qual se critica a falta de precisão do caráter provisório da prisão preventiva e as consequências que tal indefinição acarretam.

Iniciamos com notas introdutórias do tema, delimitando o marco teórico fundado na teoria garantista de processo penal de Ferrajoli, pautado na efetivação dos direitos e garantias do homem, para falarmos sobre a existência e legitimidade das prisões cautelares à luz das garantias constitucionais. Nesse caminhar, diferenciamos as diferentes espécies de prisão cautelar existentes no nosso ordenamento jurídico – prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva –, fazendo uma breve análise sobre cada uma delas, no que diz respeito à finalidade, momento, aplicação, já chamando atenção para a questão atinente ao prazo de duração, para, só então, adentrar no tema das prisões preventivas.

Ainda no primeiro capítulo, examinamos os requisitos para decretação da prisão preventiva, bem como seus fundamentos, pontuando breves críticas sobre a imprecisão dos seus conceitos, além de falar sobre as características que a revestem de legalidade, momento em que introduzimos a discussão basilar deste trabalho que é a natureza provisória da medida.

No segundo capítulo, falamos, exaustivamente, sobre os problemas que surgem com a inexistência de previsão legal do tempo de duração da prisão. Observamos que a constrição cautelar que se prolonga no tempo se desveste das suas características e acaba denotando uma finalidade diversa da que se propõe, violando, desta forma, os princípios da presunção de inocência e da duração razoável do processo.

Por fim, no último capítulo, defendemos a necessidade de fixar prazos para concretizar a norma da razoável duração do processo e assegurar o caráter provisório da prisão preventiva, analisando o que se tem feito na tentativa de suprir essa lacuna legal e, também, trazendo a análise de algumas legislações de países da América do Sul, concluindo o estudo falando sobre dificuldade de analisar a configuração do excesso de prazo.

## 2 A TUTELA DA PRISÃO PREVENTIVA

### 2.1 A ÓTICA GARANTISTA DO PROCESSO PENAL

Este trabalho é pautado numa lógica garantista do direito processual penal, por entender que não há outra forma de proporcionar a efetividade do processo, senão por esta ótica. Afinal de contas, o garantismo nada mais é do que assegurar a proteção do acusado frente ao direito de punir do Estado, no momento em que este se insurge contra o imputado de prática de crime<sup>1</sup>.

A teoria garantista, cujo marco inicial consiste na obra de Luigi Ferrajoli, se baseia na necessidade de garantir a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo sujeito à persecução penal, em relação ao poder estatal, a partir de um modelo de Estado Democrático de Direito<sup>2</sup>, que se propõe ser o nosso.

Diferentemente de como pensam alguns, não se trata de levantar a bandeira da impunidade frente aos crimes cometidos, mas apenas de garantir que, ao responder a um processo criminal, seja oferecido ao acusado todas as garantias processuais que lhe permitam enfrentar, em igualdade de armas com o Estado, o andamento do processo. Como bem pontua Aury Lopes Jr. acerca da importância de se esclarecer a árdua tarefa que é assumir uma posição garantista:

O respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal)<sup>3</sup>.

Muito se engana quem assim entende a teoria do garantismo, visto que, através dele não se busca afrouxar a pena, nem muito menos adotar uma postura

---

<sup>1</sup> O estudo do processo penal através da doutrina garantista permite que se possa perceber o processo como um efetivo instrumento limitador do poder punitivo e assegurar as garantias do acusado. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2 ed. rev. ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 16.

<sup>2</sup> Sobre a obra, explica, precisamente, Bobbio no prefácio, a sua proposta: “a aposta é alta: a elaboração de um sistema geral de garantismo ou, se preferir, a construção das vigas-mestras do Estado de direito que tem por fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso do direito penal”. BOBBIO, Norberto. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2 ed. rev. ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 7.

<sup>3</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2ª ed – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 34.

condescende à prática de crimes, mas tão somente estabelecer mecanismos de defesa de prerrogativas constitucionais ante eventuais violações. É dizer: se alguém comete um crime, merece reprimenda, desde que, para isso, seja respeitado o devido processo legal e, ao acusado, sejam assegurados todos os mecanismos de defesa; para, só assim, o Estado exercer sua legitimidade para puni-lo.

Entendemos que, até o momento da prática do crime, o principal protegido deve ser a vítima – por isso a necessidade de intervenção do direito penal –, entretanto, no momento em que se inicia o curso da persecução penal, quem está na posição de vulnerabilidade é o próprio suposto autor do fato<sup>4</sup>, de modo que merece que lhe sejam preservadas todas as garantias para combater ocasionais arbítrios do Estado.

O garantismo penal é que dá legitimidade ao processo penal<sup>5</sup>, mormente porque “a supressão e a relativização das garantias constitucionais despersonalizam o ser humano, fomentando a metodologia do terror, repressiva de ideias, de certos grupo de autores, e não de fatos”<sup>6</sup>. A verdade é que, não fosse pelas garantias propostas pelo modelo garantista, o direito do Estado em punir o acusado seria ilimitado, correr-se-ia o risco de viver sujeito aos excessos da Justiça, em especial, à discricionariedade do julgador<sup>7</sup>. Disto se extrai que esta concepção ultrapassa o legalismo, isto porque, uma doutrina calcada apenas em assegurar que as garantias estivessem presentes tão somente na letra fria da lei, não seria suficiente para assegurar a sua efetiva aplicação.

Nas palavras de Salo de Carvalho:

---

<sup>4</sup> Sobre esta inversão de atores vulneráveis existente na relação entre o momento anterior ao crime e o posterior, vale a leitura da passagem de CARNELUTTI: “O delinquente enquanto em liberdade, e não encarcerado, é uma outra coisa; confesso que me repugnam e, em certos casos, chegam a até a me causar horror. Só uma vez, em toda a minha vida, presenciei a concretização do maior dos delitos. Os desafetos pareciam duas feras se enfrentando, enquanto eu, totalmente horrorizado, permanecia estático diante daquela cena grotesca. Mas bastou ver algemado o homem que acabara de desferir o golpe mortal contra o seu opositor, por policiais que providencialmente acudiram ao local, para ver transformado todo o horror que naquele instante eu sentia em relação a ele. A grande verdade é que, depois de algemado, a fera se foi e ele passou a se comportar novamente como um ser humano”. CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campina, SP: Servanda Editora, 2016, p. 28-29.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2 ed. rev. ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 857.

<sup>6</sup> CALLEGARI, André; GIACOMOLLI, Nereu. Prólogo III. In: JAKOBS, Günther. **Direito Penal do inimigo: noções críticas**. 6ed., 2 tir – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 16.

<sup>7</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 3 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 147.

Da negação do estado selvagem baseado na passionalidade o direito (penal) configuraria uma razão artificial de tutela do débil contra os desejos de represália. Do exposto, tem-se a justificativa do modelo garantista: o direito penal e processual penal legitimam-se como lei de tutela do mais fraco. O paradigma garantista assume como única justificativa do direito penal a sua função de lei do mais fraco, em alternativa a lei do mais forte que vigoraria na sua ausência: não, portanto, genericamente, a defesa da sociedade, mas a defesa do mais fraco, que no momento do crime é a arte ofendida, no momento do processo o réu, e no momento da execução penal o condenado<sup>8</sup>.

É neste viés que se assenta o carácter instrumental do processo penal<sup>9</sup>, que se propõe a servir de baliza entre a necessidade de punir do Estado e a necessidade de preservar as garantias individuais, já que ambas precisam coexistir. Sem o processo penal não é dado ao Estado o direito fazer incidir uma pena sobre um indivíduo, ou, nas palavras de Aury, “o direito penal não pode prescindir do processo, pois a pena sem processo perde sua aplicabilidade”<sup>10</sup>.

Nesse sentido, o processo penal é instrumento sem o qual a aplicação de uma pena torna-se ilegal, injusta e ilegítima. Especialmente, é ele que busca garantir a máxima efetividade aos valores e direitos fundamentais, por este motivo é que, como bem pontua Ferrajoli<sup>11</sup>, as garantias processuais são também chamadas de garantias instrumentais.

Ancorado nessa percepção constitucional, o modelo garantista do processo penal veio muito ligado à nova ótica constitucional<sup>12</sup> inaugurada com a nossa Constituição Federal de 1988 que corroborou, no nosso ordenamento jurídico, para a consolidação de um Estado Democrático de Direito, assumindo a finalidade de

---

<sup>8</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 3 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 95.

<sup>9</sup> “O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena e, de outro, servir como efetivo instrumento de arantia dos direitos de liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado”. LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 4ª ed. rev. atual. ampl. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 38.

<sup>10</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2ª ed – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 69.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2 ed. rev. ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 495.

<sup>12</sup> “Todo direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, o qual fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30ª ed. rev. atual. Malheiros, 2014, p. 97.

salvaguardar os direitos fundamentais do homem<sup>13</sup> e, sobretudo, preocupada em estabelecer limites ao poder estatal.

Como bem destacava Goldschmidt, citado por Aury<sup>14</sup>, sabemos o grau de democracia de uma nação pela sua estrutura processual penal, ou, melhor, nas palavras dele, o processo penal é o termômetro dos elementos democráticos e autoritários da Constituição de uma nação.

Partindo desta premissa, sabemos se um Estado adota ou não um modelo democrático, se a sua constituição prevê um processo penal garantidor dos direitos fundamentais. A partir disso, podemos aferir a importância e a vinculação existente entre a carta magna e o processo penal que se propõe aquele Estado.

A Constituição Federal de 1988, neste sentido, foi fundamental para estabelecer as diretrizes do novo sistema jurídico que pretendia inaugurar, distante do momento histórico anterior – de repressão, autoritarismo e ditadura –, por isso tão preocupada em determinar, de forma contundente, o protagonismo dos princípios e garantias fundamentais do cidadão e evidenciar os limites do poder estatal<sup>15</sup>, buscando:

[...] aquilo que Geraldo Prado chama de consolidação de uma cultura democrática e, naturalmente, também de direitos fundamentais, lutando contra os ranços e as resistências de um país em que o processo de democratização é recente, e a transição do sistema político autocrático para outro democrático é lenta e gradativa<sup>16</sup>.

Embora o diploma penal e processual penal sejam anteriores à sua promulgação, a constituição trouxe efetivas mudanças aos seus textos e, especialmente, à essência deles. Especificamente, no que tange ao processo penal, mesmo que este ainda carregue um viés inquisitório, a nova ótica constitucionalista foi responsável por proporcionar grandes mudanças<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 121.

<sup>14</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2ª ed – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 32.

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 107.

<sup>16</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 4ª ed. rev. atual. ampl. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 40.

<sup>17</sup> Sobre o chamado sistema processual misto brasileiro, Aury destaca a completa inadequação de se adotar dois modelos concomitantemente por que incompatíveis entre si e, por isso mesmo, evidencia a necessidade de dar efetividade às mudanças trazidas no bojo da Carta Magna de 1988, através da

Não há como se pensar em um modelo de Estado Democrático de Direito, como o nosso, sem pensar na efetiva adoção dos direitos constitucionais<sup>18</sup>. Para isso, portanto, é que o Estado deve contar com o processo penal, cuja função garantidora fornece suporte procedimental para salvaguardar seus princípios norteadores.

Da mesma maneira, estabelecer um modelo de processo penal que se distancie dessas balizas garantistas nos parece inconcebível uma vez que – devemos questionar –, para que se serve o processo penal, senão para assegurar que durante o curso da persecução criminal, nenhuma garantia do acusado será violada?

Ademais, apenas para delimitar o campo de estudo para a condução deste trabalho, no que diz respeito a estas garantias processuais, vamos nos ater com maior evidência ao princípio do devido processo penal, o princípio da duração razoável e o princípio da presunção de inocência, que, para este tema objeto da pesquisa, são constantemente violados pela sua inobservância, ou pelo menos, pela falta de critérios para sua aplicação.

## 2.2 O GARANTISMO E AS PRISÕES CAUTELARES

As prisões cautelares são aquelas tem cabimento antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, ou, muitas vezes, antes mesmo de existir processo penal. Ou, ainda pior, quando nem se tem a certeza de que haverá processo – como nos casos de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e posteriormente o Ministério Público não oferece denúncia por ausência de algum dos requisitos para inaugurar a ação penal.

Por sua natureza cautelar<sup>19</sup>, a prisão, nesta fase, se propõe a ser apenas uma resposta rápida e passageira ao delito, sem caráter definitivo. Como, muitas

---

adequação dos dispositivos que violam a nova lógica: “a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundando no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e as demais regras do devido processo penal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, é necessário fazer uma “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório”. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** – 13 ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 49.

<sup>18</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999. p. 30.

<sup>19</sup> “*La prisión provisional, como es bien sabido, tiene el tratamiento de medida cautelar de naturaliza personal. En esa perspectiva, se le atribuye un lugar secundario dentro del proceso, como instituto de carácter instrumental predispuerto para assegurar el normal desarrollo de aquél y, eventualmente, en un momento posterior, la aplicación de una pena privativa de libertad*”. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés.

vezes, ainda nem sequer foi inaugurada a persecução penal, ela não pode servir de mecanismo de antecipação de pena, isto é, não é justo antecipar um juízo que ainda nem se sabe se vai ocorrer.

Se ainda não sabemos se, ao final do processo haverá a imposição de uma pena, é dado ao Estado o direito de restringir a liberdade deste cidadão? Ora, na fase processual em que são cabíveis as prisões cautelares, ainda não existe legitimidade do Estado em punir aquele indivíduo porque ainda está no curso da ação penal, por isso é que deve existir uma maior preocupação em relação às garantias processuais sob pena de incorrer em terríveis injustiças.

Suponhamos que, estando preso preventivamente, o sujeito aguarda, por anos, o andamento do seu processo, sofrendo a tormenta do cárcere, à mercê do andamento da Justiça, e, ao final, no seu julgamento é inocentado por ausência de provas<sup>20</sup>. O que fazer com os anos de sua liberdade entregues ao Estado? Como não é possível volver no tempo, esses anos de angústia, espera e incerteza foram, assumidamente, em vão. Por isso a preocupação, ainda maior, quando se fala em prisões cautelares, “pois decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de algum inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo”<sup>21</sup>.

É preciso operacionalizar a lógica da excepcionalidade<sup>22</sup> dessas medidas, posto que constitui intervenção excessiva na vida do indivíduo, sem que antes lhe seja oferecido qualquer direito. Nessa ótica, devemos observar que o cidadão tem sua liberdade cerceada sem poder exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa, simplesmente por que ainda não foi ouvido<sup>23</sup>.

Nesse sentido, não há como falar em prisões cautelares, sob a égide garantista, sem falar no princípio da presunção de inocência<sup>24</sup>. Este princípio foi

---

Presuncion de Inocencia y prisión sin condena. **Revista de Ciencias Penales de Costa Rica**. San José, a. 9. n. 13. ago, 1997. p. 5.

<sup>20</sup> CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campina, SP: Servanda Editora, 2016.

<sup>21</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** – 13 ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 597.

<sup>22</sup> LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>23</sup> Salvo as hipóteses em que há, no juízo, Audiência de Custódia, da ocasião da prisão em flagrante, em que o acusado tem resguardo o direito de defesa e contraditório – não acerca do mérito – no que diz respeito à legalidade e necessidade da prisão.

<sup>24</sup> Muitos criticam “*la contradicción política existente entre el principio constitucional de presunción de inocencia y la detención preventiva, evidentemente incompatibles, porque la existencia de la primera*

elevado à categoria de postulado<sup>25</sup> por grande parte dos doutrinadores de viés garantista, dada sua essencialidade não apenas ao processo penal, como ao sistema jurídico.

Dele derivam os principais corolários de sustentam o devido processo penal, ele é uma “pilastra de todo e qualquer Estado Democrático de Direito<sup>26</sup>”, uma condição de procedibilidade do processo, uma regra absoluta de tratamento<sup>27</sup>, é dizer: um processo só tem razão de existir se tiver como premissa a inocência do réu, cabendo, exclusivamente à acusação o trabalho de provar sua culpa. Portanto, antes e durante o processo, o acusado é sempre, presumivelmente, inocente.

Partindo desta lógica, o raciocínio essencialmente garantista de Ferrajoli considera ilegítimo o encarceramento preventivo na medida em que, nas suas palavras, “o uso desse instituto (*encarceramento preventivo*), antes ainda do abuso, é radicalmente ilegítimo e além disso, apto a provocar, como a experiência ensina, o esvaecimento de todas as outras garantias penais e processuais penais”<sup>28</sup>. Em sua concepção, a prisão, antes da condenação, representa tamanha ofensa aos princípios penais e processuais, notadamente o da presunção de inocência, que acaba por colocar em risco toda a lógica da justiça, além de considerar a possibilidade de prisões preventivas durarem anos, sem previsão (muito menos certeza) para julgamento – o que, efetivamente, ocorre, demonstrando que os anseios do jurista continuam latentes.

---

*no debería permiti la segunda, que finalmente se convierte em um castigo antecipado, tanto que legislativamente se establece que em el evento de una sentencia condenatoria se tendrá como parte cumplida de la pena”.* ROJAS, Edgar Saavedra. **La detención preventiva y su crisis: perspectiva procesal y penitenciaria**. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoys>>. Acesso em 15 jan de 2018. p. 128.

<sup>25</sup> Quando um princípio se torna tão fundamental que passa a servir de pilar para a aplicação de tantos outros, diz-se que estamos diante de um postulado. Segundo ÁVILA, “a interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. A essas condições dá-se o nome de *postulados*, [...] são normas imediatamente metódicas que instituem critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto de aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre aplicação de outras normas, isto é, como metanormas”. ÁVILA, Humberto Bergamann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª ed. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

<sup>26</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades da prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 67.

<sup>27</sup> PRADO, Geraldo. **Prisão e liberdade**. Disponível em: <<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista3/artigo12.htm>>. Acesso em: 19 de novembro de 2017.

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2 ed. rev. ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 511.

De outra banda, há quem defenda a completa compatibilidade entre o princípio da presunção de inocência e o instituto da prisão cautelar, por entender que, respeitado o caráter excepcional para sua adoção, ela pode existir quando tiverem natureza conservativa<sup>29</sup>.

Medidas cautelares e até mesmo prisão processual são compatíveis com a presunção de inocência desde que *tenham natureza conservativa*. De outro lado, será inconstitucional qualquer medida que tenha por finalidade *antecipar*, total ou parcialmente, os efeitos da condenação penal, pois teria um caráter satisfativo, ainda que de forma provisória. Para tal diferenciação, não se deve levar em conta a situação fática ou os efeitos práticos da medida (a prisão cautelar é semelhante à prisão-pena, do ponto de vista da restrição da liberdade do preso) mas *o escopo ou a finalidade que orienta a decretação da medida* (prender para impedir a fuga ou para evitar a destruição de provas) é completamente diferente de prender para punir antecipadamente<sup>30</sup>.

Sem adentrar nas discussões acerca da legalidade ou não da custódia cautelar, que, com efeito, é tema para ampla discussão, vamos nos ater, para o bom aproveitamento do tema deste trabalho, ao fato da sua existência e validade no nosso sistema jurídico e preocuparmo-nos apenas na imprescindibilidade de sua aplicação em conformidade com o modelo garantista do processo, com a finalidade de fomentar o questionamento apenas acerca da sua limitação temporal.

Portanto, partimos da premissa de que, independente se é legítimo ou hostil, o instituto das prisões cautelares faz parte do nosso ordenamento jurídico processual e, como tal, deve sujeitar-se a valores constitucionais e encontrar limitações à sua aplicação, de forma que, como medidas extremas e excepcionais, só sejam utilizadas com a finalidade correta, nas estritas condições legais, mediante preenchimento dos devidos fundamentos e pelo prazo razoável de tempo<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 425.

<sup>30</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30ª ed. rev. atual. Malheiros, 2014, p. 355.

<sup>31</sup> “Em um regime democrático, a banalização da prisão preventiva é um problema grave, que mostra uma realidade na qual os direitos fundamentais dos indivíduos são preteridos em nome de uma hipotética defesa social, o que nos remete à leitura do processo criminal típicos dos regimes autoritários”. CASTILHOS, Tiago Oliveira de; SILVEIRA, Felipe Lazzari. O prazo de duração da prisão preventiva: um vazio legal no marco dos direitos humanos. **Justiça do Direito**. v. 30. n. 2. mai-ago, 2016. p. 335.

## 2.3 ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR

Inicialmente, é importante pontuar que a doutrina refuta a existência de um processo cautelar no processo penal, para este ramo no direito teríamos apenas medidas cautelares<sup>32</sup>. Embora pareça uma distinção meramente linguística ou de delimitação, a diferença entre esses institutos é fundamental para se compreender o processo.

Diferentemente do processo civil, em que existe uma “ação cautelar”, de natureza antecipatória, que tem finalidade de amenizar a demora da justiça e preservar os direitos do decurso natural do tempo, no processo penal, pelo seu objeto – que remonta, depois do direito à vida, o mais sensível dos direitos do homem, qual seja, o da liberdade –, não há como se pensar na existência desse mesmo instituto<sup>33</sup>.

No processo penal não existe o medo de que a fluência do tempo faça desaparecer o direito, até porque o direito – à liberdade, especificamente – é o que se busca resguardar ao longo do processo. Assim, há uma absoluta impropriedade na afirmação de que existiria um processo cautelar penal, de modo que as medidas de prisão, tomadas no curso do processo ou antes dele, são apenas medidas cautelares<sup>34</sup>, sem natureza de processo autônomo.

No processo civil as medidas cautelares e antecipatórias são estruturalmente iguais, podendo ser tratadas conjuntamente, embora funcionalmente diferentes, tendo objetivos diversos. No processo penal esse tratamento conjunto é impossível, pois é vedada a antecipação da pena, em face do princípio de presunção de inocência. Todas as medidas constritivas penais da condenação passada em julgado são *cautelares*<sup>35</sup>.

O direito processual penal não tem o objetivo de acelerar os meios para que se tenha um resultado rápido do processo, ele não busca ser um processo eficiente – que foge à lógica garantista –, mas sim cauteloso em relação a sua finalidade garantidora, de modo que, como bem destaca Aury Lopes Jr ao citar Goldschmidt<sup>36</sup>, a tentativa de sempre estabelecer um paralelismo entre as categorias e definições do processo civil e penal, algumas vezes, se mostra inconsistente, como neste caso.

<sup>32</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** – 13 ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 601.

<sup>33</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30ª ed. rev. atual. Malheiros, 2014, p. 341.

<sup>34</sup> LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 27.

<sup>35</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30ª ed. rev. atual. Malheiros, 2014, p. 341.

<sup>36</sup> LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 24.

Agora, engendrando, efetivamente, no tema das espécies de prisões cautelares, o Brasil adota três tipos de prisão cautelar, duas de natureza pré-processual – prisão em flagrante e prisão temporária –, e outra que possui caráter híbrido no que diz respeito ao momento do seu cabimento, por ser possível de ser decretada antes – no curso da investigação, antes da ação penal, efetivamente –, durante o processo e ainda após a sentença condenatória recorrível, que é a prisão preventiva<sup>37</sup>.

A prisão em flagrante, embora para alguns<sup>38</sup> não deva ser entendida como medida cautelar, é colocada no nosso ordenamento, sobretudo pela forma que está disposta no Código de Processo Penal, como tal. Entretanto, devemos reconhecer o seu caráter essencialmente precautelador e precário<sup>39</sup>, isto é, dotado de legitimidade ampla para seu exercício, haja vista que é medida que pode ser adotada pela autoridade policial ou por qualquer do povo. Por expressa previsão legal, este tipo de prisão, em que pese não possua delimitação temporal, possui evidente efemeridade, que se depreende pela interpretação conjunta dos artigos que lhe dizem respeito – art. 306 e art. 310 do Código de Processo Penal<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Criticando a posição conivente dos tribunais superiores em admitir que o juiz, de ofício, converta a prisão em flagrante em prisão preventiva – por previsão do art. 311 do Código de Processo Penal –, Aury Lopes Jr. fala dos dois momentos processuais em que seria possível a decretação da preventiva: “insiste o legislador em permitir a prisão preventiva decretada de ofício no curso do processo e tolerar a “conversão” da prisão em flagrante em prisão preventiva na fase pré-processual. O que segue claramente vedado (mas de difícil ocorrência) é a decretação da prisão preventiva, pura e simples, de ofício da fase do inquérito”. LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 93.

<sup>38</sup> Aury Lopes Jr., traz como exemplo no tocante a este posicionamento, Francesco Carnelutti, Franco Cordero, Julio Banacloche Palao, sustentando esta posição sobretudo no argumento de que a prisão em flagrante busca exclusivamente colocar o acusado sob a tutela do estado para que seja levado até o juiz, sem qualquer finalidade de garantir o resultado final do processo. LOPES JR., op. cit., p. 49.

<sup>39</sup> LOPES JR., op. cit., p. 52.

<sup>40</sup> O caput do art. 306 destaca que a autoridade policial deve, imediatamente, comunicar a prisão ao juiz e, para não restarem dúvidas acerca da amplitude do conceito de “imediatamente”, estabelece, no seu §1º o prazo de 24 horas para proceder a esta comunicação não apenas ao juiz, como também ao Ministério Público e ao advogado (ou Defensor Público). Além disso, para reiterar o caráter transitório da prisão em flagrante, dispõe o Código de Processo Penal, no art. 310, as possibilidades do juiz ao receber o auto de prisão em flagrante. Pela leitura conjunta de ambos os dispositivos, depreende-se que, se o flagrante será imediatamente comunicado ao juiz e este, ao receber o auto de prisão, deverá proceder às devidas providências, esses dois momentos irão ocorrer em um breve intervalo de tempo. Por essa imposição legal, com a finalidade efetivar celeridade na resolução da prisão em flagrante, é editada a Resolução nº 213/15 do CNJ que cria (no âmbito estadual, o Tribunal de Justiça da Bahia, após esta resolução, editou o Provimento Conjunto nº 2/2016), em todo país, a obrigação de realizar audiência de custódia, que tem como objetivo proporcionar um “controle efetivo das circunstâncias da prisão, pelo magistrado” em um prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas. PRADO, Daniel Nicory do. **A prática da audiência de custódia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017. p. 21 e 29.

A prisão temporária, marcada pelo seu caráter inquisitório, em que se tem a confissão e colaboração são forçadas através da limitação ambulatorial<sup>41</sup>, tem seu momento na fase de investigação policial, razão de ser de seu caráter pré-processual. Ela não serve ao processo, senão para instruí-lo antes do seu início, ou seja, se presta a operacionalizar as fases do inquérito policial, encerrado este momento, não se cogita mais a sua aplicação pela perda do seu fundamento. Justamente por isso é que tem esse marco inquisitorial<sup>42</sup>.

Neste sentido, se é verdade que o Brasil, embora adote o modelo de sistema penal acusatório, ainda carrega, na fase pré-processual, o viés inquisitório<sup>43</sup>, a prisão temporária está a serviço deste, servindo de instrumento para atingir a sua finalidade.

Também conhecida, vulgarmente, como “prisão para averiguação”, a prisão temporária está prevista na Lei 7.960/89, mas deve obediência formal ao estabelecido no ordenamento jurídico, especialmente no que diz respeito à sua decretação. Neste ponto, o ordenamento afasta qualquer natureza precária do ato de decretação, impondo a necessidade de advir de ato judicial devidamente fundamentado. No entanto, após a sua decretação, a polícia detém plena autonomia para prosseguir as investigações da maneira que lhe aprouver, pois fica o investigado à disposição da polícia. Aury Lopes Jr. ao destacar a sua excepcionalidade adverte que “todo o cuidado é pouco quando se pretender utilizar esse tipo de prisão, cabendo aos juízes suma prudência e bastante comedimento ao lançar mão desse instituto, até porque a cultura inquisitória [...] ainda domina a mentalidade policial brasileira”<sup>44</sup>.

Além do dever de observância ao disposto no ordenamento acerca da sua necessidade, o seu prazo de duração não resta configurado por simples interpretação, mas por expressa previsão legal. A lei é taxativa ao estabelecer o seu limite temporal

---

<sup>41</sup> Segundo Salo de Carvalho, a crítica que se faz é que “o sistema inquisitivo [...] exclui o contraditório, limita a ampla defesa e obstaculiza, quando não inviabiliza, a presunção de inocência, cuja comissividade é o postulado básico do garantismo processual”. CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 3 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 17.

<sup>42</sup> ROSA, Alexandre Moraes da; KHALED JR., Salah. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014. p. 23-29.

<sup>43</sup> Autores como Aury Lopes Jr. e Salo de Carvalho discordam desta classificação por afirmarem ter uma absoluta impropriedade na adequação de ambos os sistemas processuais penais, desta maneira, defendem que o modelo brasileiro é essencialmente inquisitório ou neoinquisitório. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** – 13 ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 49.

<sup>44</sup> LOPES, JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 176.

de 5 dias, prorrogáveis por mais 5 ou, em se tratando de crimes hediondos, o prazo é de 30 dias, prorrogáveis por igual prazo (previsão na Lei de Crimes Hediondos).

Por fim, a prisão preventiva, objeto do nosso estudo, tem suas hipóteses de cabimento prevista nos arts. 311 a 315 do Código de Processo Penal, sendo possível antes do processo – na fase de inquérito ou quando da conversão da prisão em flagrante na prisão preventiva –, durante o processo – isto é, no curso da ação penal, ou até mesmo após a sentença condenatória recorrível, mediante requerimento do Ministério Público, por meio de decisão fundamentada expedida pelo juiz.

Este tipo de prisão se presta a assegurar o regular andamento do processo, isto é, tem função acautelatória e procedimental<sup>45</sup>. Entretanto, devemos destacar que, em que pese o diploma processual penal estabeleça de seus requisitos e fundamentos – ou, como alguns chamam, suas condições de admissibilidade<sup>46</sup> –, estes são dotados de uma carga axiológica muito grande e variada, o que permite, portanto, uma variedade de interpretações e alcances. Por serem conceitos jurídicos indeterminados, seus fundamentos acabam ampliando demasiadamente as hipóteses de cabimento, de maneira que, uma mesma situação pode ensejar a justificação da medida em um fundamento diferente, a depender do juiz que vai decretá-la, dada a vagueza dos seus conceitos.

Ademais, sem adentrar nas discussões – relevantes e indispensáveis – sobre este tema, importa registrar, acerca da omissão legislativa sobre sua delimitação temporal, ou seja, a prisão preventiva não tem prazo estabelecido em lei, ficando a critério do juiz o seu tempo de duração, sem que se tenha sequer a obrigatoriedade de verificar, periodicamente, a necessidade de sua manutenção. Isso implica dizer que a prisão preventiva, que, como já destacamos, enquanto medida cautelar se

---

<sup>45</sup> “Se assigna a la institución el papel de cautela instrumental y de carácter específicamente procesal, puesto que lo pretendido con ella es garantizar la fluidez en el desarrollo de las actuaciones del proceso. De una parte, manteniendo al imputado a disposición del órgano encargado de la investigación, donde la misma corra a cargo del ministerio público; y, por otra, evitando eventuales acciones del imputado orientadas a la destrucción o contaminación de las fuentes de prueba utilizables”. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Presunción de Inocencia y prisión sin condena. **Revista de Ciencias Penales de Costa Rica**. San José, a. 9. n. 13. ago, 1997. p. 10.

<sup>46</sup> MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011: análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção americana de Direitos Humanos**. 2 ed. rev. atual. e ampl – Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 49.

propõe a efetivar o andamento do processo, pode durar todo o andamento processual até a sentença condenatória transitada em julgado.

Em outras palavras, tal modalidade de prisão poder vir – e de fato vem – a ter natureza de pena, em face do seu prolongamento no tempo, servindo de instrumento para verdadeira antecipação de pena. Dito de outra forma, o que se esclarece é o fato de que, antes mesmo de ser julgado, a duração do processo é tão longa, ele já está recebendo sua pena – que talvez nem exista, porque pode o acusado permanecer custodiado preventivamente durante todo o processo e chegar ao final ter sua sentença de absolvição.

Das três espécies de prisão cautelar, tanto a temporária quanto a em flagrante possuem delimitação no tempo – até mesmo a pena em si possui seu período demarcado no tempo – a única que constitui exceção é a prisão preventiva. Ocorre que, sobre este tema, que é o principal questionamento levantado, falaremos mais adiante, a partir do segundo capítulo.

Daqui em diante, a abordagem do presente estudo refere-se à apenas o instituto processual penal da prisão preventiva.

## 2.4 REQUISITOS E FUNDAMENTOS

Se constitui como como requisito necessário à decretação da prisão preventiva o *fumus commissi delicti*, que é a fumaça do crime, ou seja, a “prova da existência do crime e indício suficiente da autoria”, previsto no art. 312 do Código de Processo Penal. Como se depreende do disposto neste artigo, a autoria e materialidade são as primeiras condições para autorizar a prisão preventiva, imprescindíveis para o exame dos seus fundamentos<sup>47</sup>.

Esse requisito não consiste em mera probabilidade, mas, como bem aponta Aury Lopes Jr., é, antes de tudo a “existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapaixonado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito”<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> LOPES, JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 26.

<sup>48</sup> LOPES, JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 94.

Nesse sentido, a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria são garantias iniciais de que ninguém será submetido a medida tão drástica senão quando se tenha fundadas presunções que permitam atribuir um fato criminoso a uma pessoa específica.

No entanto, não basta unicamente isso, até porque a existência de apenas este requisito autoriza tão somente que alguém seja denunciado, sendo imprescindível que se apresente a necessidade de constrição cautelar, representada pelo “*periculum libertatis*”, que deverá ser amparado em alguma efetiva ameaça ao regular andamento do processo.

Em outras palavras, o que se espera é que o juiz aponte que no caso concreto estão presentes os requisitos que autorizam a prisão cautelar e que demonstre, de maneira fundamentada<sup>49</sup>, que a liberdade do acusado coloca em risco o andamento da ação penal, não havendo outra forma de resguardar o regular andamento do processo senão com a decretação da prisão preventiva.

O *periculum libertatis* é visto como o risco que a liberdade do indivíduo pode causar ao processo, servindo, portanto, de fundamento autorizador da prisão preventiva quando essa liberdade ameaçar a ordem pública, a ordem econômica, quando for conveniente à instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal<sup>50</sup>.

A prisão preventiva, como já pontuamos, é medida cautelar ausente de caráter definitivo, não possuindo as mesmas finalidades da prisão pena<sup>51</sup>, logo, não pode se prestar a dar uma resposta ao crime cometido, muito menos servir-se de prevenção

---

<sup>49</sup> Quando falarmos sobre a jurisdicionalidade, falaremos acerca da importância da motivação.

<sup>50</sup> Código de Processo Penal. Art. 312 – A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

<sup>51</sup> A doutrina aponta diversas teorias da pena que servem para explicar as razões de se punir, no entanto, no Brasil, adota-se a noção utilitarista da pena, extraída pelo conteúdo do art. 59 do Código Penal e do art. 1º da Lei de Execuções que atribui a finalidade repressiva e preventiva da pena. Desta forma, como aponta Boschi, a pena é vista no direito brasileiro como meio para “intimidar e para neutralizar a prática de novos delitos”. BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 93. Para Ana Messuti, a ideia de retribuição é inerente à vida social, que deve corresponder, de certa maneira à compensações de prestações. MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo. Prefácio Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 20-21.

para que não mais delitos ocorram<sup>52</sup>. Desta maneira, esses fundamentos previstos no Código de Processo Penal só encontram legitimação quando amparados em argumentos concretos que demonstrem o perigo de frustração do processo.

O que se quer dizer é, portanto, que a prisão cautelar não pode ter como finalidade garantir a credibilidade da instituição da justiça, frear o clamor social<sup>53</sup>, nem muito menos neutralizar o crime cometido, mas deve servir-se unicamente de meio para resguardar o andamento do processo<sup>54</sup>.

Por isso que se faz imperioso ressaltar que a prisão antes da jurisdição somente é legítima quando demonstrado, com fundamento no art. 312 do Código de Processo Penal, mediante argumentos concretos, do perigo real de frustração do processo pela possibilidade de o acusado permanecer em liberdade.

---

<sup>52</sup> CARNELUTTI, Franceso. **O problema da pena**. Tradução Ricardo Pérez Banegal. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

<sup>53</sup> Neste sentido, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal reiteradamente acerca da completa ilegitimidade desses argumentos para sustentar a constrição cautelar, como demonstram os trechos de votos dos Ministros, respectivamente, Teori Zavaski e Celso de Mello: “Não se nega que a sociedade tem justificadas e sobradas razões para se indignar com notícias de cometimento de crimes como os aqui indicados e de esperar uma adequada resposta do Estado, no sentido de identificar e punir os responsáveis. Todavia, a sociedade saberá também compreender que a credibilidade das instituições, especialmente do Poder Judiciário, somente se fortalecerá na exata medida em que for capaz de manter o regime de estrito cumprimento da lei, seja na apuração e no julgamento desses graves delitos, seja na preservação dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do direito à ampla defesa e do devido processo legal, no âmbito dos quais se insere também o da vedação de prisões provisórias fora dos estritos casos autorizados pelo legislador” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 100.564/PI. 1ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 27 de abril de 2010); e “O clamor público, ainda que se trate de crime hediondo, não constitui fator de legitimação da privação cautelar da liberdade. O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público – precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) – não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 80.719-4/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, 26 junho de 2001).

<sup>54</sup> Incontestável o fato de que cabe ao direito o papel de proporcionar segurança e tranquilidade à sociedade e por isso é que nele reside a expectativa de dar uma resposta às situações que quebram ou ao menos ameaçam esta estabilidade, mas, da mesma forma, não cabe a ele, para atingir esta finalidade, incorrer na violação das garantias de liberdade que igualmente deveria assegurar. Desta forma, não podemos pedir ao direito que, afim de restabelecer a paz social violada, entre em conflito com os direitos que ele próprio estabeleceu, porque “ao direito cabe apenas [...] explicitar a face do poder organizado e assegurar, nas situações de conflito, o quanto de satisfação das necessidades se fizer viável, nos termos e nos limites de quanto institucionalizado”. PASSOS, J.J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 51.

## 2.5 CARACTERÍSTICAS

A prisão preventiva possui características que se depreende da própria redação do Código de Processo Penal que rege o instituto, interpretada, notadamente, à luz dos princípios sufragados na Constituição Federal de 1988.

A primeira delas, já tratada aqui, constante nos arts. 283 e 315 do Código de Processo Penal, advém da necessidade da prisão preventiva se assentar em decisão judicial motivada<sup>55</sup>. Ora, se se garante a jurisdicionalidade e motivação das decisões às sentenças condenatórias, mais evidente ainda que aqui deva o juiz demonstrar as razões que o levaram a entender que tal medida, e não outra, se faz imperiosa<sup>56</sup>.

O papel do juiz nessa assentada é de fundamental importância para assegurar ao acusado saber as devidas razões pelas quais a sua liberdade merece ser cerceada. Não podemos negar que o magistrado, dotado de crenças e silogismos pessoais, como qualquer outro ser humano, muitas vezes baseia sua decisão nas suas razões intrínsecas e isto é inerente à atividade de julgar, entretanto, existe a necessidade de ao menos demonstrar o caminho que, racionalmente e juridicamente, o levaram até ali. O que significa dizer que podemos até não saber suas reais concatenações lógicas que levaram àquela conclusão, mas saberemos, porque é seu dever, as razões que justificam o caminho percorrido até chegar à decisão<sup>57</sup>.

Para Calamandrei:

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Na Constituição Federal, a jurisdicionalidade está consagrada no art. 5º, LXI, ao dizer 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”.

<sup>56</sup> “A motivação das decisões penais, portanto, permitirá não apenas constatar as razões que levaram o julgador a autorizar ou não a intervenção estatal e em que medida isso se dará. Mas também, e principalmente para a presunção de inocência, se na construção da argumentação empreendida e revelada na motivação houve a interferência de qualquer fator criminológico ou de política criminal inconstitucionais, e se a interpretação dos dispositivos se deu conforme a “presunção de culpa”, implícita ao sistema processual penal infraconstitucional, ou, ao contrário, em consonância com [...] a presunção de inocência”. MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 323.

<sup>57</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juizes, vistos por nós, advogados**. Tradução Ivo de Paula. São Paulo: Editora Pillares, 2013. p. 123.

<sup>58</sup> CALAMANDREI, op. cit., p. 123.

Da leitura do art. 282, §6º do Código de Processo Penal depreende-se outra característica fundamental à prisão preventiva: a excepcionalidade, uma vez que se prevê que ela só poderá ser aplicada quando não for cabível nenhuma outra medida cautelar alternativa da prisão. Constitui-se, portanto, como última alternativa, somente podendo ser adotada quando nenhuma outra cautelar se mostrar eficaz.

Exige-se da prisão preventiva o caráter excepcional porque somente assim poderia coexistir com o princípio da presunção de inocência<sup>59</sup>, que estabelece a relação de imprescindibilidade entre a punição e a formação de culpa. Por isto é que este instrumento só deve ser pensado pelo juiz após um exame cuidadoso acerca da possibilidade de aplicação de outra ou outras medidas cautelares que se mostrem igualmente suficientes.

No entanto, não basta apenas que a prisão cautelar seja enxergada como *ultima ratio* do sistema processual, deve existir também uma relação de proporcionalidade entre o crime cometido e a resposta cautelar, o que significa dizer que a prisão preventiva só pode ser utilizada quando houver uma equivalência entre o crime cometido e a solução adotada. Em outras palavras, “toda medida cautelar deve guardar conexão com o provimento futuro que a irá substituir”<sup>60</sup>,

Desta característica decorre o dever que tem o magistrado de examinar, à luz do resultado final do processo, se tal medida seria excessiva em relação ao delito, para que a prisão preventiva não venha a ser medida mais gravosa do que a pena que poderá ser imposta no final. É o que diz Badaró<sup>61</sup>:

A análise do “direito hipotético” não deve se limitar a “probabilidade de uma condenação”. Há mais a ser considerado nesse juízo prognóstico. O juiz deverá também considerar a probabilidade de que seja imposta uma pena privativa de liberdade a ser executada. Somente no caso em que se anteveja,

---

<sup>59</sup> Para MINAGÉ este seria um princípio “decorrente da Presunção de Inocência, a privação da liberdade deve ser tratada como uma atuação excepcional do Estado. Dentro de um processo criminal, justamente pelo fato de termos por regência um processo garantidor de direitos individuais, deve sempre o magistrado zelar pela integridade física e moral do acusado e, apenas quando todos os **requisitos essenciais** e **processuais específicos** forem preenchidos, que poderá ser admitida uma cautelar de privação da liberdade” (grifos do autor). MINAGÉ, Thiago. **Princípios óbvios não são aplicados à prisão preventiva**. Publicado em 15 de junho de 2015. <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/06/13/principios-obvios-nao-sao-aplicados-a-prisao-preventiva/>>. Acesso em 15 de jan de 2018.

<sup>60</sup> BADARÓ, G. H. Righi Ivahy. **A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. v. 103. jan-dez-2008. p. 392.

<sup>61</sup> Ibid., p. 393-394.

com base nos elementos concretos existentes nos autos, que o acusado terá que se submeter a uma pena privativa de liberdade, a prisão cautelar será proporcional ao provimento definitivo que visa assegurar [...] Se a medida cautelar, no caso a prisão preventiva, for mais gravosa que a pena a ser ao final imposta, não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e a qual ela deve preservar.

A provisionalidade<sup>62</sup>, por seu turno, prevista no art. 316 do Código de Processo Penal, acentua o caráter situacional do instituto, que merece ser analisado apenas como resposta utilizada para tutelar uma situação específica e que, uma vez desaparecida, deve, igualmente, desaparecer a prisão. Nas palavras de Giacomolli:

Uma vez desaparecida a motivação fática que serviu de supedâneo à medida cautelar, essa perde a sua funcionalidade e o sujeito retoma o *status quo ante*, ou seja, o do gozo irrestrito da liberdade. Por isso, as medidas cautelares são situacionais, sustentáveis enquanto a situação fática continuar integrando a motivação legal. Por isso se afirma que as medidas cautelares tutelam uma situação específica existente, enquanto persistente e justificável na dinâmica processual<sup>63</sup>.

Por fim, merece especial consideração a última característica, a provisoriedade – ponto principal deste trabalho –, notadamente porque, sob esta ótica, pretendemos demonstrar que o desvirtuamento deste traço compromete todos os demais atributos que sustentam o instituto da prisão preventiva e, gera como consequência, a violação de vários princípios norteadores do direito e do processo penal.

A natureza provisória diz respeito ao fator temporal desta prisão, que deve ter a duração mais breve quanto for possível, sob pena de perder seu caráter instrumental – por estar buscando um fim alheio ao processo<sup>64</sup> – e ganhar feições finalísticas, de prisão pena<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> “O desprezo pela provisionalidade conduz a uma prisão cautelar ilegal, não apenas pela falta de fundamento que a legitime, mas também por indevida apropriação do tempo do imputado”. LOPES, JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 36.

<sup>63</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas do cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 32.

<sup>64</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2ª ed – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 67.

<sup>65</sup> Como é verdade que “as penas passam a exercer um importante papel de desestímulo à prática de delitos, tanto para o próprio criminoso (prevenção especial) quanto para a sociedade (prevenção geral)”, bem como que “a causa do dano deve ser contrabalanceada pela imposição da pena”, a prisão preventiva que dura mais do que o razoável está retribuindo o mal causado (o crime) e servindo de prevenção para que futuros crimes não ocorram, por isso mesmo, assumindo papel de verdade pena. BOQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. **Execução penal e o mito da ressocialização: disfunções da pena privativa de liberdade**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 158-162.

Quando decretada a prisão preventiva, muitas vezes ainda nem sequer existe ação penal, o que implica dizer que, na maioria das vezes, ainda não houve denúncia e, conseqüentemente, não existe certeza sobre se este processo irá se iniciar. Além disso, na hipótese de haver inaugurada a persecução penal, ainda não houve formação de culpa, nem sentença condenatória, nem muito menos houve trânsito em julgado desta. Logo, prolongar a prisão do indivíduo pelo tempo que durar o processo de conhecimento não apenas viola a presunção de inocência que lhe é garantida, como também deixa evidente que a sua prisão ganhou moldes de pena antecipada.

Ora, não existe finalidade em manter a custódia antecipada do acusado ao longo de todo o processo senão a de fazer perdurar uma espera angustiante e desesperançosa num processo sem previsão de chegar ao fim. Legitimar esse prolongamento é o mesmo que antecipar a culpa e transformar um instituto que deveria prestar-se a ser temporário, em definitivo<sup>66</sup>.

Nas palavras de Ferrajoli, “toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio”<sup>67</sup>, sentimento este que é ainda mais acentuado quando esta se prolonga no tempo, sem previsão de ter fim. Ademais, se até mesmo a pena tem seu marco estabelecido no tempo, como pode a prisão preventiva, que tem natureza cautelar, não ter?

Neste sentido, vale destacar que também a prisão temporária, prevista na Lei 7.960/89 – embora assuma todos os contornos de um processo penal fundado no modelo inquisitorial – possui, como já salientamos, limites temporais estabelecidos em lei

A prisão preventiva, por seu turno, pela omissão de lei, tem seu prazo fundado no juízo de razoabilidade de cada juiz, ou seja, falta-lhe critérios prazais que lhe proporcionem a segurança jurídica necessária à excepcionalidade da medida. Além disso, a custódia cautelar que se mostra excessivamente duradoura se dissocia não

---

<sup>66</sup> “Entrementes, na realidade brasileira, as instituições que acolhem os presos provisórios são, em regra, mais indignas do que as destinadas aos condenados. A prisão preventiva acaba sendo utilizada como pena informal – em que primeiro se pune, depois se processa –, assumindo assim natureza de pena antecipada. Constata-se também que a utilização deste instituto é mais rigorosa do que a própria pena *strictu sensu*, pois não é beneficiada com saídas temporárias, progressão de regime, etc” (grifo do autor).

<sup>67</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2 ed. rev. ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 511.

apenas do seu jaez provisório, como também da proporcionalidade e excepcionalidade que igualmente a compõe<sup>68</sup>. O que demonstra que a falta de parâmetros temporais deteriora toda a essência do instituto.

---

<sup>68</sup> “A prisão preventiva, ao ser utilizada de forma abusiva, acaba revelando o caráter autoritário e inquisitorial do processo. Em alguns deles, o tempo de cumprimento da prisão provisória ultrapassa o prazo de cumprimento da pena em caso de condenação”. SANTOS, Vinicius Lang dos. **O Direito constitucional ao prazo razoável e a duração da prisão preventiva**. 2008. 136 f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 91.

### 3 A PROVISORIEDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

Como já antecipamos, a prisão preventiva é marcada pelo viés provisório, o que, em outras palavras, significa dizer que ela não deve se prolongar no tempo. Acontece que, como a lei não fixa limites para a sua duração, o preso provisório paga o custo alto de entregar sua liberdade à incerteza do momento de encerramento da persecução penal.

Certo é que, estando preso, o processo deve ter tramitação prioritária em relação aos demais, por clara obediência ao que o diploma processual penal impõe. Entretanto, o réu do direito penal, diferentemente de outros ramos do direito, está sempre em posição de vulnerabilidade frente ao poder do Estado<sup>69</sup>, especialmente no que diz respeito à celeridade no andamento do processo. Por isso se dizer que a demora da ação penal quase nunca decorre de um não fazer da defesa, mas quase sempre da inércia estatal, visto que é o pólo de poder da relação jurídico processual<sup>70</sup>.

Quando deveria ser o contrário, a lógica que temos hoje, pautada num fetiche punitivista, é de primeiro punir para depois processar<sup>71</sup>, como uma clara acepção distorcida que tem o judiciário em relação aos problemas do direito penal. Esta situação faz parecer que a pressa do Estado reside apenas em dar uma solução imediata ao problema<sup>72</sup> – prender os sujeitos que, supostamente, praticam crimes –,

---

<sup>69</sup> Citando FERRAJOLI, Aury fala sobre a debilidade do acusado no processo penal: “No momento do crime, a vítima é o débil e, por isso, recebe a tutela penal. Contudo, no processo penal opera-se uma importante modificação: o mais débil passa a ser o acusado, que frente ao poder de acusar do Estado sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena”. LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 4ª ed. rev. atual. ampl. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 42.

<sup>70</sup> “A incumbência maior para efeito de dinamizar o processo cabe, em especial, ao juiz que, por dirigi-lo, tem a responsabilidade de dar-lhe impulso”. FRANCO, Alberto Silva. Prazo Razoável e o Estado Democrático de Direito. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 152, v. 13, jul. 2005.

<sup>71</sup> Criticando o instituto, Pertence afirma que “a prisão cautelar é, sem dúvida, a instituição mais cruel e angustiante no paradoxo dramático de todo o processo penal que, como repetidamente enfatizado, sendo em si mesmo um castigo, se instaura para decidir afinal se é o caso de punir”. PERTENCE, J.P. Sepúlveda. Prefácio. In: CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 11.

<sup>72</sup> Segundo a ótica do direito penal do inimigo, JAKOBS afirma que o direito penal vai fazer incidir uma pena com a função de eliminar um perigo. Desta forma, aquele que pratica crimes é tratado como inimigo e, por isso, os direitos de um processo penal cidadão que lhe são concedidos, são meramente formais, porque ele não merece ser tratado como pessoa. JAKOBS, Günther. **Direito Penal do inimigo: noções críticas**. 6ed., 2 tir – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 21-39.

e que, uma vez resolvido, não há mais razão para apressar o desenrolar processual dado que o acusado já não oferece risco à sociedade<sup>73</sup>.

[...] as práticas judiciais levam-nos a crer que primeiro o Estado brasileiro tem o objetivo de cercear a liberdade para depois verificar o que de fato ocorreu. A prisão preventiva passa a ser a regra na prática de determinação de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Da forma como está sendo aplicado tal instituto, demonstra-se que, primeiramente, cerceia-se a liberdade do acusado para depois processá-lo e então condená-lo ou absolve-lo, ficar preso preventivamente faz parte do “jogo”<sup>74</sup>.

Daí porque a desídia deve ser, na maioria das vezes, atribuída ao Estado, eis que, influenciado pelos desígnios da população<sup>75</sup>, preocupa-se apenas em privar a liberdade do indivíduo logo em seguida ao fato, sem demonstrar a mesma eficiência no processamento e apuração da culpa deste indivíduo preso<sup>76</sup>.

Nesse sentido, se é verdade que a prisão serve para que o acusado pague sua dívida<sup>77</sup>, como podemos auferir o montante da dívida se esta ainda não foi calculada? É dizer, metaforicamente, se a quantificação e exigibilidade da dívida estariam na sentença que ainda não existe, há legitimidade em cobrar antecipadamente?

Efetivamente, a prisão é medida extremamente angustiante para fazer que um sujeito pague esse preço antes mesmo da certeza de sua eventual condenação,

---

<sup>73</sup> “Uma das características dos sistemas penais em franca expansão é a presença de grande número de pessoas presas sem julgamento.3 Isso leva a se pensar na lógica que acompanha as sociedades em que estes sistemas produzem seus efeitos, pois não são de fato prioritários os processos de supostos criminosos, uma vez que se presumem culpados e não inocentes, e para eles a solução mais comum tem sido a permanência atrás das grades”. ZACKSESKI, Cristina. O problema dos presos sem julgamento no Brasil. **Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo. a. 4. 2010. p. 90.

<sup>74</sup> CASTILHOS, Tiago Oliveira de; SILVEIRA, Felipe Lazzari. O prazo de duração da prisão preventiva: um vazio legal no marco dos direitos humanos. **Justiça do Direito**. v. 30. n. 2. mai-ago, 2016. p. 331.

<sup>75</sup> “A sensação de insegurança, de medo, de incredulidade, de ódio, aumenta, porque não se vê uma reação imediata e eficiente do Estado a um comportamento que incomodou ou indignou certa comunidade. Efetuada a prisão, acalmam-se ou aliviam-se tais sentimentos, diminuindo a pressão e a angústia do povo. Esse, sem dúvida alguma, é o discurso não raro presente em alguns decretos de custódia preventiva, e que perpassa nas mentes das pessoas de uma maneira geral’. CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora JusPodivm, 2017. p. 26.

<sup>76</sup> INÁCIO, Roberto Varalo. **A prisão preventiva e o excesso de prazo**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. n. 70. set.-dez 2011. p. 45-51.

<sup>77</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 33 ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 196.

além do mais, as consequências estigmatizadoras que ela traz à vida do acusado já lhe dão aparência de verdadeira punição. Nas palavras de Rogério Schietti Cruz<sup>78</sup>:

Quando se recolhe alguém preso a uma delegacia ou a um estabelecimento prisional, não está a comunidade a indagar se a prisão é cautelar ou se decorre de uma sentença condenatória; se o preso está cumprindo pena ou se tão somente está sendo preso de modo ainda provisório. Esses detalhes técnicos-jurídicos não apenas são incompreensíveis à população, como também lhe são irrelevantes. O que vale para o homem do povo é a visão do autor de um crime sendo privado de sua liberdade logo em seguida ao fato, o que, de algum modo, já lhe soa como uma punição.

Não bastasse toda repercussão social causada pela prisão antecipada, ainda fazer perdurar essa prisão por tempo indefinido descaracteriza por completo a natureza da medida. Permitir que sua duração se prolongue no tempo traz como consequência a violação de princípios corolários do direito processual penal, como veremos ao longo deste capítulo.

### 3.1 AMEAÇA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Nas exatas palavras de Alexy, “quase tudo aquilo que, a partir de algum ponto de vista, é considerado como bom ou desejável é associado ao conceito de liberdade”<sup>79</sup>, porque depois da vida, é o bem mais precioso que tem um ser humano.

Por isso é que a própria constituição reveste este direito de garantias que lhe asseguram o gozo quase irrestrito, através de princípios que limitam qualquer exercício arbitrário do Estado que possam ameaçar a liberdade dos indivíduos.

Essa é razão de se pregar pela efetividade do garantismo penal, para salvaguardar os direitos decorrentes da liberdade dos sujeitos, previstos na constituição.

A importância do garantismo, neste sentido, consiste em proporcionar a efetiva conformidade entre a previsão constitucional e a existência real dos direitos e garantias de liberdade. Pois, como bem observa Lassalle, quando o que está previsto na constituição não é refletido na realidade da sociedade, o ordenamento não passa de uma folha de papel, porque uma constituição só é considerada boa quando

---

<sup>78</sup> CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora JusPodivm, 2017. p. 26.

<sup>79</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p 218.

corresponde à constituição real e tem suas raízes nos fatos do poder que regem seu país. “E, se isto não acontecer, se esse divórcio existir, a constituição escrita está liquidada: não existe Deus nem força capaz de salvá-la<sup>80</sup>”.

Neste contexto, depreende-se que a liberdade é a regra do ordenamento, e a não liberdade, exceção<sup>81</sup>, de modo que o cerceamento desta – cabível ao direito penal e processual penal – deve ser revestido de um caráter subsidiário, com observância a todos os princípios<sup>82</sup> que legitimam essa intervenção do Estado, sob pena de grave afronta à nossa carta política.

Desta maneira, como a pena é a consequência jurídica decorrente da prática de crime, pela observância da proteção à liberdade, ela só será imposta quando alguém é considerado culpado, após a sentença condenatória transitada em julgado, embora o Supremo Tribunal Federal tenha relativizado – ainda que não tenha se pacificado o entendimento – a questão no HC 126.292/SP<sup>83</sup>. Antes disso, a inocência é sempre presumida, a culpa é que, diferentemente, deve ser provada<sup>84</sup>.

A presunção de inocência constitui-se, portanto, como fator limitador à imposição de pena, no sentido de que, ninguém será considerado culpado – e, portanto, passível de ser punido –, antes que se prove a culpa, sob pena de cometer séria injustiça. Nas palavras de Beccaria, o risco que advém do desrespeito a esta presunção é de, ao final, ter um inocente preso:

A prisão não deveria deixar nenhuma nota de infâmia sobre o acusado cuja inocência foi juridicamente reconhecida. Entre os romanos, quantos cidadãos não vemos, acusados anteriormente de crimes hediondos, mas em seguida reconhecidos inocentes, receberem da veneração do povo os primeiros

---

<sup>80</sup> LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 45.

<sup>81</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – parte geral**. 6 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 47.

<sup>82</sup> Nos ensinamentos de Paulo Queiroz, “os princípios exercem essencialmente uma dupla função: constituem um limite à intervenção do Estado (função de garantia) e são um instrumento de justificação dessa intervenção (função legitimadora), motivo pelo qual tanto serve à legitimação quando à deslegitimação do sistema”. QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – parte geral**. 6 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 46.

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n° 126.292/SP. Plenário. Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016.

<sup>84</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2 ed. rev. ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 505.

cargos do Estado? Porque é tão diferente, em nossos dias, a sorte de um inocente preso?<sup>85</sup>

Por sua vez, essa garantia constitucional à presunção de inocência só é possível de ser efetivada mediante o uso devido, sob a ótica garantista, do processo penal enquanto instrumento para realização do Direito Penal, caso contrário, “toda expectativa assinalada para a existência e o funcionamento de uma Direito Penal de feição democrática se frustra [...] em holocausto de outros princípios fundamentais que devem presidir os atos do procedimento”<sup>86</sup>.

O dever de observância, portanto, a esse dever de tratamento<sup>87</sup> é o que se espera de um Estado Democrático de Direito. Ocorre que, por não ser um princípio absoluto, os institutos das prisões cautelares, de alguma maneira, representam uma antecipação do juízo de culpa<sup>88</sup> haja vista que requer um exame valorativo do juiz acerca *fumus commissi delicti* – o magistrado, necessariamente, deve se convencer antes de instruir<sup>89</sup>, ao analisar se estão presentes a materialidade e indícios de autoria, cuja apreciação só seria feito ao final do processo.

Como já apresentado inicialmente, aqui reside o capítulo de maior conflito no âmbito das cautelares do processo penal. Porque, se fossemos respeitar integralmente o princípio da presunção de inocência, não existiria a prisão preventiva. De igual maneira, a aplicação irrestrita desta, levaria ao desaparecimento da presunção de inocência.

O grande desafio consiste em saber “como é possível chegar a uma posição de equilíbrio que não enfraqueça a presunção de inocência, tomada em uma de suas

---

<sup>85</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ebook. Edição Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em 10 de novembro de 2017, p. 40.

<sup>86</sup> DOTTI, René Ariel. **As bases constitucionais do direito penal democrático**. Revista Inf. Legisl. Brasília. a. 22. n. 88. out-dez 1985. p. 44.

<sup>87</sup> Diversos autores tratam sobre as dimensões do princípio da presunção de inocência, dentre eles, Perfecto Ibáñez sintetiza muito bem o tema ao afirmar que “*es regla probatória o regla de juicio y, de outro, regla de tratamiento del imputado*”. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Presuncion de Inocencia y prisión sin condena. **Revista de Ciencias Penales de Costa Rica**. San José, a. 9. n. 13. ago, 1997. p. 7.

<sup>88</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 434.

<sup>89</sup> LOPES JR., Aury. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a entender a imparcialidade do juiz**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2017.

dimensões, isto é, a de regra de tratamento pessoal do imputado”<sup>90</sup>, para que seja possível adotar a prisão cautelar em consonância ao modelo de Estado que a nossa carta magna propõe.

Certo é que a prisão preventiva existe e não se pretende pensar – ao menos não no presente estudo – em outro instituto que lhe possa substituir, então, o que deve ser feito é assegurar que ela seja sempre dotada de todas as características que lhe deixem imune a eventuais violações de direito – excepcionalidade, proporcionalidade e provisoriedade<sup>91</sup>.

Neste sentido é que, o problema ainda mais latente, consiste no fato de que – apesar de, naturalmente, este instrumento se constituir como exceção ao princípio basilar da presunção de inocência – o prolongamento da prisão preventiva no tempo ganha moldes de verdadeira condenação, como clara violação – neste caso, sem nenhum floreio para dar aparência do contrário – do direito de ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, embora, como mencionamos, o Supremo Tribunal Federal não tenha entendimento pacificado acerca da questão, permitindo o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

### 3.2 PROIBIÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE PENA

Se ser preso antes da condenação já é, em certa medida, como atribuir culpa àquele que ainda não foi julgado, podemos afirmar que permanecer preso por tempo indeterminado só fortalece essa presunção. É como uma sentença sem termo final para terminar. De modo que, para quem está preso, no que diz respeito à finalidade, pouco importa se é prisão pena ou prisão cautelar, o castigo é simplesmente ser prisão; para o acusado preso importam duas coisas: fazer andar seu processo e julgamento e saber por quanto tempo terá que permanecer ali.

Nos apontamentos de Tourinho Neto<sup>92</sup> ao acentuar o caráter de não-pena da prisão preventiva:

---

<sup>90</sup>PRADO, Geraldo. **Prisão e liberdade**. Disponível em: <<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista3/artigo12.htm>>. Acesso em: 19 de novembro de 2017.

<sup>91</sup> ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR., Salah. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014. p. 26.

<sup>92</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Prisão provisória**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 31. n. 122. mai-jul 1994. p. 88.

A prisão provisória é prisão sem pena, prisão cautelar (*carcer ad custodiam*). A prisão pena é prisão-sanção, aquela resultante da sentença condenatória (*carcer ad poenam*). [...] O que se busca com a pretensão cautelar? A utilidade do processo, o fim útil do processo. Na ação cautelar, não se faz justiça. Dá-se tempo para que a justiça seja feita. Resguarda-se o processo em busca de sua finalidade: fazer justiça [...] A prisão provisória tem natureza acauteladora. Não é castigo não é sanção, não é pena. (grifos do autor)

Mas, afinal, ambas não são igualmente prisão? O que as diferencia é a finalidade, momento e natureza, mas os efeitos são os mesmos quando, o que as deveria diferenciar, não se aplica. Em outras palavras, a prisão cautelar que dura mais tempo do que o necessário assume verdadeira feição de prisão pena, com o agravante de não ter seu marco no tempo.

Deixando a análise da finalidade de uma das duas prisões de lado, sendo ambas cerceamento de liberdade, são igualmente angustiantes. No entanto, enquanto medida cautelar, neste aspecto temporal, chega a ser mais aflitiva do que prisão pena, porque nesta, pelo menos, se tem os marcos temporais fixados e tem os benefícios da Lei de Execuções Penais. O que se quer dizer é que não saber por quanto tempo durará aquela prisão fere a natureza provisória da medida.

Entretantes, na realidade brasileira, as instituições que acolhem os presos provisórios são, em regra, mais indignas do que as destinadas aos condenados. A prisão preventiva acaba sendo utilizada como pena informal – em que primeiro se pune, depois se processa –, assumindo assim natureza de pena antecipada. Constata-se também que a utilização deste instituto é mais rigorosa do que a própria pena *strictu sensu*, pois não é beneficiada com saídas temporárias, progressão de regime, etc<sup>93</sup>.

Consequência lógica deste contexto é a de atribuir uma roupagem de pena a uma prisão que deveria ter uma finalidade precipuamente cautelatória, sem caráter retributivo, porque ausente de juízo de culpa<sup>94</sup>.

Não se nega que a prisão-pena e a prisão cautelar têm naturezas distintas que não comportam comparações quanto às suas respectivas finalidades, e, justamente por essa inviabilidade de transpassar ambos os institutos, é que se

<sup>93</sup> SANTOS, Vinicius Lang dos. **O Direito constitucional ao prazo razoável e a duração da prisão preventiva**. 2008. 136 f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 95.

<sup>94</sup> “As funções de prevenção geral e especial e retribuição são exclusivas de uma pena, que supõe um processo judicial válido e uma sentença transitada em julgado. Jamais tais funções podem ser buscadas na via cautelar. LOPES, JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 118.

pretende demonstrar a impossibilidade de ser atribuída roupagem de pena à prisão cautelar. Nas palavras de Saad<sup>95</sup>:

O direito não permite a intersecção de suas aplicações – vale dizer, não ocorrem situações que possam ser adequadamente tratadas tanto por uma como por outra modalidade de prisão, nem a finalidade de uma medida pode ser satisfeita pela outra. [...] O caráter de providência transitória é indispensável à boa interpretação da prisão processual; apenas se admite a prisão processual se esta dispuser de cautelaridade, ou seja, se visar a acautelar o resultado útil do processo: ao contrário, portanto, da prisão como pena, que é retributiva, que se baseia na responsabilidade do acusado, que é injusta para o inocente, a prisão provisória é cautelatória, funda-se na necessidade de chegar a uma solução correta e é justa de que o bem comum a exija.

Diz-se, portanto, que a prisão preventiva adquire caráter de pena antecipada quando, ao invés de ter a finalidade de resguardar o resultado útil do processo<sup>96</sup>, acaba tendo roupagem de punição, antecipando um juízo de culpa, que só será auferido ao final do processo.

A prisão preventiva como antecipação de pena é consectário lógico da inobservância ao princípio da presunção de inocência, uma vez que, violado tal princípio, o acusado passa a ser tratado como condenado e a prisão, desta forma, revela-se como verdadeira punição.

Neste sentido, “a prisão processual, embora um mal em si, não pode ser encarada como pena, com finalidades de prevenção, nem tampouco com ares de vingança, em um sistema onde vigora a presunção de inocência”<sup>97</sup>. Até mesmo o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou acerca da objeção da utilização da prisão preventiva como antecipação de pena:

A Prisão Preventiva – enquanto medida de natureza cautelar – não tem por objetivo infligir punição antecipada ao indiciado ou ao réu. - A prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função

<sup>95</sup> SAAD, Marta. **Assimilação das finalidades da pena pela prisão preventiva**. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB. a. 1. vol. 1. n. 1. jun 2013. p. 249-250.

<sup>96</sup> “A prisão cautelar é ilegítima quando afastada de seu objeto e finalidade, deixando de ser *cautelar*” (grifo do autor). LOPES, JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 114.

<sup>97</sup> SAAD, Marta. **Assimilação das finalidades da pena pela prisão preventiva**. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB. a. 1. vol. 1. n. 1. jun 2013. p. 252.

cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal<sup>98</sup>.

Em igual raciocínio, afirma Lazzarotto<sup>99</sup>:

Constituindo-se a prisão provisória em verdadeira pena antecipada, respaldada na inversão das garantias constitucionais próprias de um estado democrático de direito, em face da privação de liberdade sem uma demonstração efetiva de culpabilidade através do devido processo legal, garante da dignidade humana, a medida implica na consagração de uma política criminal pautada na violência intimidatória própria dos estados de polícia

Ainda, se existir dúvida acerca do viés de pena antecipada que assume a prisão preventiva, dúvida nenhuma existe quando se trata de medida cautelar que permanece por tempo indeterminado. Não se pode dizer que a prisão preventiva que dura mais do que o tempo razoável o faz com o intuito de resguardar o resultado útil do processo, mas sim como evidente antecipação de pena.

### 3.3 AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO TEMPORAL

Um dos grandes problemas da prisão preventiva – que também reflete uma violação ao princípio ora tratado acima – reside na ausência de prazo para sua duração.

Como, acertadamente, assevera Aury Lopes Jr.<sup>100</sup>, a marca essencial da pena é “por quanto tempo?”. A quantidade de pena a ser cumprida tem seus critérios lastreados no tempo, sendo ele o responsável por quantificar a pena. A prisão preventiva, por sua vez, embora dotada de caráter provisório, não tem delimitação temporal, sofrendo da angustiante indeterminação de prazo para sua duração.

É a provisoriedade da prisão preventiva que assegura que o direito penal não exercerá influência na vida do acusado por mais tempo do que o razoável, mas somente pelo tempo necessário para que seja resguardado o regular andamento do processo.

---

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 80.719-4/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, 26 junho de 2001.

<sup>99</sup> LAZZAROTTO, C. P. A prisão cautelar como antecipação da pena. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar**. Umuarama. v. 9, n. 2, p. 297-312, 2006.

<sup>100</sup> LOPES JR., Aury. O direito de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a (de)mora jurisdicional no processo penal. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. Brasil. a. 1. v. 1. n. 1 jun-dez 2004. p. 223.

Neste sentido é que Thiago Minagé<sup>101</sup> chama o princípio da provisoriedade como princípio da necessária limitação do tempo.

Não podemos admitir uma prisão preventiva sem determinado limite temporal. Necessário estabelecer limites **absolutos** para a prisão preventiva, que em nossa sistemática processual é a única carente de prazo para que sua duração tenha a legitimidade mantida. E mais, o respectivo prazo a ser estabelecido, não pode em hipótese alguma, vincular-se ao prazo de duração do processo, mesmo porque o processo, tendo em vista sua complexidade de atos a serem praticados, pode ganhar desdobramentos incontáveis e perdurar por tempo absurdamente longo até uma decisão definitiva.

No entanto, a indeterminação que marca o instituto entra em choque com o princípio da presunção de inocência, porque permite que tal medida dure mais tempo do que se espera, ante sua imprecisão. Como “a Justiça a destempo não é justiça”<sup>102</sup>, a indeterminação do tempo de duração da prisão preventiva também não pode ser.

A indeterminação do tempo da prisão gera insegurança jurídica ao acusado preso por não saber quanto tempo durará sua custódia cautelar, ou mesmo quanto tempo levará para ver seu processo chegar ao fim. A indeterminação permite, portanto, que a prisão seja uma angustiante espera à mercê da morosidade do judiciário.

Sobre a indefinição da duração do processo pontua Pastor<sup>103</sup>:

Decisivo es el daño que el proceso sin definición causa a quien es inocente, pero también a la realización adecuada del derecho cuando el imputado es culpable y, finalmente, al pleno respeto de los derechos fundamentales respecto de quien, aunque no se sabe si es culpable o inocente, se ve sometido a una “pena de proceso” excesiva, cuando no interminable.

Neste sentido, é que, portanto, a indeterminação proporciona maior margem para ilegalidades, por permitir prisões estendendo-se ao longo do tempo, despindo-se da sua característica excepcional para se constituir excessiva.

A provisoriedade, que reveste a constrição antecipada de legalidade, é consectário lógico da obediência ao princípio da razoável duração do processo para

---

<sup>101</sup> MINAGÉ, Thiago. **Princípios óbvios não são aplicados à prisão preventiva**. Publicado em 15 de junho de 2015. <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/06/13/principios-obvios-nao-sao-aplicados-a-prisao-preventiva/>>. Acesso em 15 de jan de 2018.

<sup>102</sup> FRANCO, Alberto Silva. Prazo Razoável e o Estado Democrático de Direito. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 152, v. 13, jul. 2005. p. 6.

<sup>103</sup> PASTOR, Daniel R. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. **Revista de Estudios de la Justicia**. Chile, n. 4, a. 2004. p. 53.

que se alcance o devido processo penal<sup>104</sup>. Por isso é que se pode dizer que, ante omissão jurídica existente quanto a limitação prazal, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não conseguiu formular o alcance do quanto “provisório” e “razoável” deverá ser a prisão cautelar<sup>105</sup>.

Neste sentido, quando falamos em duração razoável do processo é necessário estabelecer um critério (até mesmo para que seja possível identificar quando o processo extrapolar os limites do razoável<sup>106</sup>), que, ao ver de Marinoni, cumpre, de igual maneira, ao legislador – pelo dever de proteção normativa –, ao juiz – pelo dever de tutela jurisdicional em prazo razoável – e ao executivo – pelo dever de dotação, que corresponde à boa estrutura de Estado<sup>107</sup>.

Deste modo, como já se sabe que a prisão provisória não se presta aos fins da pena, devendo ter duração suficiente para – apenas – resguardar o andamento do processo, a dificuldade, portanto, consiste em saber: por quanto tempo? Se não há previsão expressa, nem ao menos critérios que sirvam de baliza para sabermos a duração, não existe nenhuma segurança de que será respeitado o caráter provisório da medida.

Há, entretanto, que ser feita uma importante ressalva no que tange à necessidade de previsão expressa dos limites temporais. Aury Lopes Jr., defende que o direito do “réu de saber previamente o prazo máximo de duração do processo ou de uma prisão cautelar é uma questão de reconhecimento de uma dimensão democrática da qual não podemos abrir mão”<sup>108</sup>. No entanto, devemos alertar que na fixação de tempo máximo de duração do processo, corre-se um grande risco de apressar os atos

---

<sup>104</sup> “Assim como o Direito Penal está estritamente limitado pelo princípio da legalidade e o procedimento pelas diversas normas que o regulam, também a duração dos processos deve ser objeto de regulamentação normativa clara e bem definitiva”. LOPES JR., Aury. O direito de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a (de)mora jurisdicional no processo penal. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. Brasil. a. 1. v .1. n. 1 jun-dez 2004. p. 231.

<sup>105</sup> FRANCO, Alberto Silva. Prazo Razoável e o Estado Democrático de Direito. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 152, v. 13, jul. 2005. p. 7.

<sup>106</sup> LOPES JR., op. cit., p. 225.

<sup>107</sup> Para o autor, estes três seriam os destinatários do princípio e, portanto, responsáveis por efetivarem o processo no tempo razoável. MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Estação Científica (Ed. Especial Direito)**. Juiz de Fora, v. 1. n. 4. out-nov, 2009. p. 82-97.

<sup>108</sup> LOPES JR., Aury. O direito de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a (de)mora jurisdicional no processo penal. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. Brasil. a. 1. v .1. n. 1 jun-dez 2004. p. 234.

processuais (e conseqüentemente passar por cima de garantias) para atender a este limite<sup>109</sup>.

De igual maneira, incorre no mesmo se forem atribuídas ao processo apenas as balizas que possam indicar o critério de “razoável” a ser adotado para saber o que se entende por processo para além do razoável. Neste caso, o risco residiria na discricionariedade do juiz atribuir um tempo de duração, dentro do limite máximo, mas fora do razoável àquele processo.

Não se trata de relativizar a questão – nem muito menos de defender que a legislação deve ser silente ao que pode ser entendido como “duração razoável do processo”. Apenas, levanta-se a dificuldade em reconhecer que não existe “o” processo, mas sim “processos”, de modo que deve ser observado que cada um tem os seus níveis de complexidade que devem ser respeitados, sob pena de sérias violações de garantias processuais, como já pontuamos.

Entretanto, se existe risco de estabelecer em lei a fixação temporal para a duração do processo, o mesmo risco não existe quando se fala na duração da prisão preventiva, ante a sua natureza excepcional, proporcional e provisória.

Neste sentido, é de fundamental importância que a lei fixe a sua duração máxima para que possamos saber a partir de que momento está configurado o excesso de prazo decorrente da sua duração<sup>110</sup>. Ora, a prisão preventiva serve-se ao processo como medida cautelar, mas não está vinculado a ele até que se encerre. Tanto é verdade que o próprio código de processo penal prevê que, ainda que o processo esteja em fase de andamento, a cautelar só se sustenta enquanto persistirem os motivos que a ensejaram, de forma que, uma vez desaparecidos, carente de fundamento está também a prisão<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Como bem aponta Spock, a violação do princípio da duração razoável do prazo consiste não apenas na morosidade, como também na excessiva aceleração do processo. Ocorre que, conhecendo o processo tal qual conhecemos hoje, com o estabelecimento de prazo fixo de duração correríamos o risco de ver o processo se estender no tempo e, somente quando estivesse no limite de ver extrapolado o prazo, apressasse seu andamento, passando por cima de garantias que lhe eram devidas. STOCK, Bárbara Sordi. O direito fundamental a ser julgado em um prazo razoável. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 57. jan-abr, 2006. p. 151.

<sup>110</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Estação Científica (Ed. Especial Direito)**. Juiz de Fora, v. 1. n. 4. out-nov, 2009. p. 91.

<sup>111</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas do cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 36; CASTILHOS, Tiago Oliveira de; SILVEIRA, Felipe Lazzari. O prazo de

Em outras palavras, a ausência de prazo permite que ela se estenda ao longo do processo, ficando à cargo do juiz a verificação de eventual dilação indevida, a partir de um juízo de proporcionalidade – que, obviamente, é discricionário.

É bem verdade que a doutrina e jurisprudência brasileira têm tentado estabelecer um prazo que seja capaz de suprir a ausência legislativa – tema que iremos nos debruçar no próximo capítulo –, mas a verdade é que os critérios e limites ainda são dissonantes, impondo-se “uma urgente discussão em torno da matéria, para que normativamente sejam estabelecidos prazos máximos de duração para as prisões cautelares”<sup>112</sup>.

O tema, portanto, reclama uma solução<sup>113</sup>, posto que a ausência de fixação de tal prazo nada mais é do que uma ilegalidade. Nessa linha de raciocínio, a falta de previsão legal é óbice à análise do excesso de prazo, que acaba por configurar constrangimento ilegal. Dito de outra maneira, a precisão do tema importa para saber: a partir de que momento estamos diante de uma prisão preventiva ilegal pelo excesso de prazo, se, afinal, não existe prazo?

### 3.4 INDETERMINAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO E O DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Historicamente,

A discussão a respeito da razoável duração do processo em nível mundial teve início após a Segunda Grande Guerra, com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), momento em que a comunidade internacional encontrava-se aterrorizada com os horrores ocasionados pelos Estados totalitários. O texto da declaração não estabeleceu matematicamente um prazo de duração do processo penal ou da segregação cautelar, as inaugurou um novo panorama, no qual os direitos fundamentais dos indivíduos devem ponderar sobre os interesses do Estado<sup>114</sup>.

Em 1992 foi ratificada pelo Brasil a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, passando a integrar nosso ordenamento, desta forma, o princípio foi

---

duração da prisão preventiva: um vazio legal no marco dos direitos humanos. **Justiça do Direito**. v. 30. n. 2. mai-ago, 2016, p. 341.

<sup>112</sup> LOPES, JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 38.

<sup>113</sup> Pertinente o dizer de Jhering a tratar da defesa de um direito que foi violado: “quando a arbitrariedade e a ilegalidade ousam levantar descomedida e imprudentemente a cabeça, pode sempre reconhecer-se por este sinal que aqueles que eram chamados a defender a lei não cumpriram o seu dever”. JHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. 1 ed. Leme: CL Edijur, 2014. p. 62.

<sup>114</sup> CASTILHOS, Tiago Oliveira de; SILVEIRA, Felipe Lazzari. O prazo de duração da prisão preventiva: um vazio legal no marco dos direitos humanos. **Justiça do Direito**. v. 30. n. 2. mai-ago, 2016. p. 338.

incorporado, à época, tacitamente, ao ordenamento jurídico brasileiro em patamar superior às leis ordinárias. No entanto, com a reforma constitucional proporcionada pela Emenda 45/2004, acrescentou-se ao artigo 5º<sup>115</sup> o inciso que consagrou, explicitamente, o princípio<sup>116</sup>.

Desta forma, como todo direito fundamental, no que diz respeito às suas consequências nas medidas cautelares, constitui-se como uma garantia assecuratória e, neste caso,<sup>117</sup> como limitação ao excesso de prazo na prisão preventiva, de forma a impedir que o processo se arraste por mais tempo do que o razoável.

Certo é que, a privação de liberdade, nas palavras de Foucault, tem o mesmo preço para todos: a perda de tempo<sup>118</sup>. Desta maneira, a nossa Constituição Federal impõe a obrigação de respeitar a duração razoável do processo, sobretudo quando estamos diante de um processo criminal, cujo acusado já sente os efeitos de sua constrição cautelar, daí porque a necessidade de concretização na legislação infraconstitucional.

Tempo, para aquele está privado da sua liberdade, é algo que não pode ser desperdiçado, vez que, qualquer tempo em que se demora para fazer andar seu processo, é tempo a menos do gozo da sua plena liberdade; tempo, portanto, que não pode ser entregue ao Estado indeterminadamente, especialmente porque ainda inexistente uma condenação.

Se cabe razão a exigência de brevidade daquele que espera o julgamento do seu processo em liberdade<sup>119</sup>, mais célere ainda deve ser o andamento do processo

---

<sup>115</sup> Art. 5º: 'todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, 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, nos termos seguintes: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>116</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 435.

<sup>117</sup> BARBOSA, Ruy *apud* SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 416.

<sup>118</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 33 ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 196.

<sup>119</sup> Beccaria já apontava para a necessidade do julgamento no prazo razoável para que se possa oferecer todos os meios para o acusado se defender e, igualmente "que esse tempo seja bastante curto para não retardar demais o castigo que deve seguir de perto o crime, se se quiser que o mesmo seja um freio útil contra os celerados". BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ebook. Edição Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em 10 de novembro de 2017. p. 74.

que tramita em face do acusado preso preventivamente, sob pena dessa prisão configurar-se como constrangimento ilegal<sup>120</sup>.

O processo no tempo razoável é fundamental para se garantir o devido processo legal<sup>121</sup>, e é, sobretudo, uma questão de justiça. Mais ainda, é imperioso dizer que este tempo, para quem está aguardando o desenrolar do processo preso, é basilar para que se possa garantir a dignidade da pessoa humana. Desta forma, o processo que excede os limites do razoável “perpetua a angústia e produz enorme prejuízo, material e moral, àqueles que protagonizam o combate judiciário”<sup>122</sup>.

O processo penal, estritamente o capítulo que trata sobre a prisão provisória, reclama por uma solução rápida afim de que seja preservado ao máximo a garantia que tem o acusado de ser tratado como inocente. O raciocínio que se deve ter em mente para mensurar a gravidade da prisão que aguarda o andamento – para além dos limites da razoabilidade – do processo é de que, para o réu, o tempo de prisão equivale a menos tempo de vida<sup>123</sup> – do outro lado do cárcere.

O grande problema consiste na:

*Duración del enjuiciamiento, lo cual equivale a la duración de la neutralización del principio de inocencia que, como es evidente, debería ser breve, de modo que en el menor tiempo posible o bien el estado de inocencia, frente al hecho, quede consolidado definitivamente por la clausura del proceso a favor del imputado y terminen las molestias judiciales, o bien quede suprimido, también definitivamente, por la declaración firme de la necesidad y del deber de imponer una condenación al inculgado*<sup>124</sup>.

---

<sup>120</sup> Neste sentido, já é firme também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se pronunciou acerca da configuração do constrangimento ilegal diante a dilação excessiva do processo, como neste julgamento: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO CRIMINAL. ENCERRAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. VIOLAÇÃO. I – O encerramento da instrução criminal não afasta a alegação de excesso de prazo, se a duração da segregação cautelar for abusiva. II – Viola o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à duração razoável do processo o encarceramento do paciente por quase sete anos sem que haja previsão de julgamento da causa. III – O princípio da razoabilidade impõe o reconhecimento do excesso de prazo da prisão preventiva, quando a demora no curso processual não for atribuível à defesa. IV – Ordem concedida. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 100.564/PI. 1ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 27 de abril de 2010).

<sup>121</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.p. 115.

<sup>122</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.p. 7.

<sup>123</sup> MESSUTI, Ana. *apud* SANTOS, Vinicius Lang dos. **O Direito constitucional ao prazo razoável e a duração da prisão preventiva**. 2008. 136 f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 32.

<sup>124</sup> PASTOR, Daniel R. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. **Revista de Estudios de la Justicia**. Chile, n. 4, a. 2004. p. 51.

A obediência a este mandamento constitucional é a garantia de um processo célere, sem dilações indevidas<sup>125</sup>, que dure o suficiente para se efetivar o contraditório, a ampla defesa e a devida colheita de provas; sobretudo porque estamos diante de pessoas presas, em que a duração do tempo lhes parece, acentuadamente, interminável. Além do mais, o prolongamento do caminhar processual – como violação à razoável duração do processo – gera sensação de desamparo por parte Estado e de ineficácia do judiciário, levando ao descrédito na Justiça.

Desta forma,

Os principais fundamentos de uma célere tramitação do processo, sem atropelo de garantias fundamentais, é claro, estão calcados no respeito à dignidade do acusado, no interesse probatório, no interesse coletivo no correto funcionamento das instituições, e na própria confiança na capacidade da Justiça de resolver os assuntos que a ela são levados, no prazo legalmente considerado como adequado e razoável<sup>126</sup>.

Na lição de Aury Lopes Jr.<sup>127</sup>, “quando a duração de um processo supera o limite da duração razoável, novamente o Estado se apossa ilegalmente do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível”. Notadamente, quando se trata de alguém que está preso preventivamente, aguardando, incansavelmente, o seu processo ser julgado, o tempo parece ainda mais lento e ainda mais aflitivo, por isso, ainda mais imperioso a reivindicação pelo cumprimento do disposto no art. 5, inciso LXXVIII, através de previsão infraconstitucional<sup>128</sup>.

O processo, mormente o de réu preso, não pode se prolongar no tempo por clara violação da presunção de inocência, vez que “o prolongamento excessivo do processo penal vai, paulatinamente, sepultando a credibilidade em torno da versão do acusado”<sup>129</sup>, por isso a latente necessidade de compatibilização entre tempo e processo, nos casos em que já incide a prisão cautelar<sup>130</sup>.

---

<sup>125</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.p. 114.

<sup>126</sup> LOPES JR., Aury. O direito de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a (de)mora jurisdicional no processo penal. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. Brasil. a. 1. v .1. n. 1 jun-dez 2004. p. 223.

<sup>127</sup> LOPES JR., op. cit., p. 226.

<sup>128</sup> Veremos no capítulo posterior a movimentação legislativa quanto à previsão de prazos.

<sup>129</sup> LOPES JR., op. cit., p. 225.

<sup>130</sup> FRANCO, Alberto Silva. Prazo razoável e o estado democrático de direito. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 152, v. 13, jul. 2005. p 7.

Neste sentido, Aury Lopes Jr. alcunhou essa duração fora dos limites razoáveis de “(de)mora jurisdicional”, fazendo menção à “mora” que estaria o Estado na realização da prestação jurisdicional, configurada como o não-cumprimento do mandamento constitucional. Para este autor, o problema reside no aspecto da celeridade do processo sem que haja dilações injustificadas<sup>131</sup>.

Merece muita atenção e prudência, entretanto, o tipo de celeridade processual que se almeja, tendo em vista que, uma análise descuidada permitiria que, em nome da brevidade do processo, se pudesse passar por cima de uma série de garantias que, de igual maneira, devem ser respeitadas ao longo do processo.

O processo célere não deve sacrificar nenhuma das garantias individuais, pelo contrário, é preciso que haja um “esforço para harmonizar as técnicas processuais com boa técnica de tutela substancial”<sup>132</sup>. Assim, como o princípio da duração razoável do processo é intrinsecamente ligado ao princípio do devido processo legal, devemos ter em mente que quando nos referimos ao ‘processo’, falamos na utilização das formas instrumentais adequadas para a entrega da prestação (e não mero procedimento) jurisdicional – através da busca pela máxima efetivação das garantias do contraditório, ampla defesa e isonomia processual<sup>133</sup>.

Forçoso que se tenha em mente que esta não é nenhuma pretensão absurda, mas essa coexistência – de celeridade e garantias processuais – se impõe por uma questão de justiça<sup>134</sup>. Esse limite temporal ao ato jurisdicional do Estado é uma garantia em favor das partes, portanto, de nada adiantaria um processo célere em que fossem atropeladas todas as garantias de que teriam em seu favor, devendo-se

---

<sup>131</sup> LOPES JR., Aury. op. cit., p. 224.

<sup>132</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.p. 33.

<sup>133</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 435

<sup>134</sup> Essa necessidade de coalisão remonta um conceito antecedente e muito maior: o conceito de “acesso à justiça”, que inaugura e efetiva todos os demais direitos inerentes ao bem caminhar processual. Na lição de Cappelletti, “o acesso à justiça pode ser encarado, portanto, como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”, concluindo que este direito consagra “o ponto central da moderna processualística”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 12-13.

buscar um processo penal no prazo suficiente – priorizando a qualidade do julgamento<sup>135</sup>.

Não fosse essa a interpretação, estaríamos fadados ao processo célere meramente formal, sem preocupação em refletir e consolidar<sup>136</sup> os demais direitos e garantias constitucionais.

---

<sup>135</sup> “Não existe nada mais demonstrativo da arbitrariedade de um procedimento que os juízos sumários ou sumaríssimos em matéria penal, pois eles impedem que o imputado possa exercer todas as faculdades próprias de um processo penal adequado a Constituição democrática”. LOPES JR., Aury. O direito de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a (de)mora jurisdicional no processo penal. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. Brasil. a. 1. v. 1. n. 1 jun-dez 2004. p. 242.

<sup>136</sup> STOCK, Bárbara Sordi. O direito fundamental a ser julgado em um prazo razoável. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 57. jan-abr, 2006. p. 143.

#### 4 O PRAZO E O EXCESSO DE PRAZO NA DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Iniciada a discussão acerca do princípio da razoável duração do processo e do seu reflexo na necessidade de implementação de um prazo para a prisão preventiva, é importante pontuarmos a seguinte crítica: o direito à duração razoável do processo, por enquanto, não passa de uma promessa de amor<sup>137</sup>. Até o momento, nada se concretizou em nome dessa nova lógica processual, nem mesmo no que diz respeito à duração da prisão preventiva, instituto que pede maior atenção no processo penal<sup>138</sup>.

Ferrajoli<sup>139</sup> já havia adiantado sobre as dificuldades de efetivar as garantias delineadas em um modelo:

É relativamente fácil delinear um modelo garantista em abstrato e traduzir-lhe os princípios em normas constitucionais dotadas de clareza e capazes de deslegitimar, com relativa certeza as normas inferiores que dela se apartam. Mas difícil é modelar as técnicas legislativas e judiciárias idôneas a assegurar efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais por eles consagrados.

Por isso dizer que “a recente norma nada mais é do que uma excessiva preocupação com a formalização do direito, enquanto que a necessidade que se coloca atualmente é a criação de mecanismos para efetivá-lo<sup>140</sup>. O que se coloca como urgente, portanto, é a necessidade de criar prazos para sufragar, a um só tempo, a duração razoável do processo e a provisoriedade que marca a constrição cautelar, pelas graves consequências que ela gera – seja pela excepcionalidade da medida, seja pela violação de direitos do acusado ou seja pelos problemas carcerários que desencadeia<sup>141</sup>.

<sup>137</sup> ROSA, Alexandre Morais da. Duração razoável do processo sem contrapartida é como promessa de amor. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-18/limite-penal-duracao-razoavel-contrapartida-igual-prometer-amor>>. Acesso em 01 jan 2018.

<sup>138</sup> A prisão preventiva gera reflexos não apenas nos problemas de conciliação do instituto com demais princípios do processo penal, como também traz consequências para a política criminal, posto que revela a postura do Estado brasileiro para com os mecanismos da chamada defesa social além de contribuir para os altos níveis de encarceramento no Brasil. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento nacional de informações penitenciárias IFOPEN**. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. Brasília. 2014.

<sup>139</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2 ed. rev. ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 865.

<sup>140</sup> STOCK, Bárbara Sordi. O direito fundamental a ser julgado em um prazo razoável. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 57. jan-abr, 2006. p. 147.

<sup>141</sup> Segundo levantamento feito pelo Ministério da Justiça e Departamento Penitenciário Nacional, o Brasil tem a quarta maior população prisional dentre os vinte com maior número de presos do mundo. Além disso, o que mais chama atenção é que do total de pessoas presas no Brasil, 41%, ou seja, quase

Nas próximas páginas, iremos nos debruçar sobre a análise do que já temos de prazo em nível de legislação estrangeira, o que se tem feito na doutrina e na jurisprudência para solucionar este problema, bem como, (continuar a) criticar o silêncio legislativo que paira neste aspecto e, por fim, a postura do magistrado que é chamado (melhor dizendo, obrigado<sup>142</sup>) a criar uma estratégia – ainda que esta seja de inércia – para solucionar os problemas de excessos de prazo<sup>143</sup> da prisão preventiva causados pela dilação do processo.

#### 4.1 OS PRAZOS DE DURAÇÃO EXISTENTES

Sem dúvida, se é grave a ausência de limitação temporal para o processo, problema ainda maior é a falta de prazo máximo para a prisão preventiva. Fato que, como já pontuamos anteriormente, deve ser pensado de maneira apartada.

É bem verdade que a legislação deve determinar os prazos de ambos, com a finalidade de efetivar o princípio da razoável duração do processo. Entretanto, pelos efeitos da medida cautelar serem sentidos previamente, maior urgência reside em solucionar a questão para este ponto. A vagueza de prazo aqui existente põe em cheque garantias constitucionais<sup>144</sup>, fragilizando o nosso ordenamento e trazendo insegurança àqueles que esperam na Justiça a solução de suas vidas - correndo-se o risco de praticar tortura psicológica ao acusado, pela demora<sup>145</sup>.

É necessário estabelecer esse prazo de um modo seguro e preciso que o coloque fora do alcance de toda manipulação, decisionismo, arbitrariedade judicial ou faculdade dos tribunais. A omissão do prazo constitui uma evidente mostra de autoritarismo que deve ser corrigida enquanto se queira

---

a metade da população carcerária, são presos provisórios, isto é, presos sem condenação. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento nacional de informações penitenciárias IFOPEN**. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. Brasília. 2014.

<sup>142</sup> O juiz é obrigado a criar uma solução para aquele problema, ainda que o ordenamento jurídico não tenha previsto solução para ele. A chegada de uma demanda à apreciação do magistrado não pode abster-se ante a ausência de solução nas leis. O juiz precisa criar meios, através hermenêutica, fontes ou direito comparado, capazes de sanar a questão.

<sup>143</sup> Como veremos adiante, a dificuldade de configuração do excesso de prazo e, conseqüentemente, do constrangimento ilegal, é de não saber o que é prazo. LOPES JR., Aury. O direito de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a (de)mora jurisdicional no processo penal. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. Brasil. a. 1. v. 1. n. 1 jun-dez, 2004. p. 229.

<sup>144</sup> Ao devido processo legal, à duração razoável do processo, à presunção de inocência, como já vimos no capítulo anterior.

<sup>145</sup> ROSA, Alexandre Morais da. Duração razoável do processo sem contrapartida é como promessa de amor. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-18/limite-penal-duracao-razoavel-contrapartida-igual-prometer-amor>>. Acesso em 02 jan 2018.

reconhecer uma vigência efetiva e possível das regras que caracterizam o Estado de Direito<sup>146</sup>.

Portanto, se hoje começássemos a pensar na efetivação da regra do processo num prazo razoável – e, por essa afirmação, fica claro que consideramos que ainda não passou a ser concretizado –, evidente que teríamos que começar pelo prazo da prisão preventiva<sup>147</sup>. Disso se extrai que este prazo não deve se ater à duração de todo o processo. Devemos insistir na concretização de um prazo máximo de duração da prisão provisória, de modo que, uma vez chegado a ele, deverá ser restabelecida a liberdade do acusado, ainda que o processo não tenha chegado ao fim.

Com essa necessidade de estabelecer critérios que venham suprir a inexistência de previsão legal da duração da prisão preventiva, a doutrina e jurisprudência têm se ocupado em criar mecanismos que permitam identificar a medida excessivamente duradoura, para que possamos falar em constrangimento ilegal com maior segurança de quando ele estaria configurado.

Eis que surge na doutrina entendimento que passou a ser adotado pela jurisprudência baseado na soma de todos os prazos de cada um dos atos do procedimento aplicável ao rito ordinário<sup>148</sup>. Os 81 dias resultantes desta soma seria o prazo máximo de duração da prisão preventiva, que, uma vez superados sem a conclusão do procedimento, estaria configurado o excesso de prazo, devendo o imputado ser posto em liberdade, sem prejuízo do prosseguimento do feito<sup>149</sup>.

Percebe-se que a questão relativa à contagem global tornou-se efetivamente sustentável, na medida em que se pretendeu interpretar sistematicamente a contagem dos prazos previstos durante a instrução processual de indiciado e réu preso e se fixou esse prazo em 81 dias, permitindo que, diante da sustentação de excesso de prazo, a jurisprudência analise não se houve o excesso de um dos prazos em particular, mas sim, se esse excesso comprometeu o prazo global estabelecido naqueles 81 dias, bem como se esse excesso se deu por culpa da máquina estatal persecutória ou veio a ocorrer por motivo de força maior ou ainda por culpa exclusiva da defesa, situações estas de difícil configuração na fase da persecução extrajudicial,

---

<sup>146</sup> SANTOS, Vinicius Lang dos. **O Direito constitucional ao prazo razoável e a duração da prisão preventiva**. 2008. 136 f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 92.

<sup>147</sup> LOPES JR., op. cit., p. 232.

<sup>148</sup> LOPES, JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 38.

<sup>149</sup> Ibid., p. 38.

eis que nela o investigado possui ínfima ingerência dos destinos da investigação<sup>150</sup>.

Tal entendimento não tem mais prevalecido sob argumento de que prazo de tal forma “engessado” seria insuficiente para atender às demandas, por não levar em consideração a complexidades de cada causa<sup>151</sup>. Curioso é que, embora, aparentemente, não haja esforço da jurisprudência para tentar estabelecer esses critérios de limitem a duração a prisão provisória, há excessiva preocupação em afastar as hipóteses que configurariam excesso de prazo. Como ocorre com as súmulas 52<sup>152</sup> e 21<sup>153</sup> do Superior Tribunal de Justiça, ambas em vigor – sendo comumente aplicadas. O que essas súmulas permitem, que nos parece irrazoável, é justamente a descaracterização do excesso de prazo quando já se tenha encerrado uma parte do processo (como a sentença ou a pronúncia, nos casos de crime de júri), ainda que ainda se leve um grande tempo para encerrar os atos posteriores até que o processo transite e julgado.

O que a súmula 52 quer dizer é que não se pode mais alegar excesso de prazo da prisão preventiva após a prolação da sentença. Ou seja, ainda que seja interposto recurso e que ele fique anos pendente de julgamento, não se poderá alegar constrangimento ilegal do acusado preso, uma vez que a sentença já fora prolatada, reduzindo o direito à razoável duração do processo ao direito à razoável duração do procedimento<sup>154</sup>. Igualmente, o “procedimento do júri somente termina com o julgamento em plenário, e não com a decisão de pronúncia”, sendo esta apenas uma – e primeira – fase do procedimento cabível, o que nos permitiria concluir que estaria superado qualquer excesso de prazo decorrente de eventuais dilações indevidas ocorridas ao longo de todo o restante do processo.

Por sua vez, no âmbito do legislativo, houve, a princípio, uma tentativa malsucedida em incluir no Código de Processo Penal um limite de duração, com o

---

<sup>150</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo de. **O razoável prazo de duração da prisão cautelar e a jurisprudência dos 81 dias.** Site Jusnavigandi, 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7092>>. Acesso em 27 jan 2018.

<sup>151</sup> SOUZA, op. cit.

<sup>152</sup> Súmula 52: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo”.

<sup>153</sup> Súmula 21: “Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo da instrução”.

<sup>154</sup> LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares.** 5 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 39.

projeto de lei nº 4.208/2001. O prazo estaria no art. 315-A, que tinha a seguinte redação:

Art. 315-A. A prisão preventiva terá duração máxima de 180 (cento e oitenta) dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora.

§ 1º O prazo previsto no caput será contado do efetivo cumprimento da prisão.  
 § 2º Se, após o início da execução da medida, o custodiado fugir, a contagem do prazo será interrompida e, após a recaptura, será contado em dobro no respectivo grau de jurisdição.

Entretanto, a proposta de inclusão do dispositivo foi rejeitada na Lei 12.403/2011 que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, “uma vez que não se justifica a adoção do critério temporal para a manutenção ou não da prisão preventiva, mas sim a verificação dos critérios previstos no art. 312”<sup>155</sup>, numa clara demonstração de que prevalece no Congresso Nacional uma finalidade deturpada da prisão preventiva.

O Anteprojeto do Código de Processo Penal (PL 8.045/2010)<sup>156</sup>, prevê a criação de uma seção especificamente voltada para regular a prisão preventiva no que diz respeito às hipóteses de cabimento, prazos de duração e reexame obrigatório<sup>157</sup>. Os prazos estariam regulados nos seguintes moldes:

Art. 558. Quanto ao período máximo de duração da prisão preventiva, observar-se-ão, obrigatoriamente, os seguintes prazos:

I – 180 (cento e oitenta) dias, se decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória recorrível, observado o disposto no art. 14, VIII e parágrafo único, e 31, §§3º e 4º;

II – 360 (trezentos e sessenta) dias, se decretada ou prorrogada por ocasião da sentença condenatória recorrível, não se computando, no caso de prorrogação, o período anterior cumprido na forma do inciso I do caput deste artigo.

§ 1º Exaurido o prazo legal previsto no inciso I do caput do art. 558, posto o réu em liberdade, somente será admitida nova prisão preventiva nas hipóteses de:

[...]

§ 2º No caso dos incisos II e III do § 1º deste artigo, a nova medida terá prazo máximo de duração equivalente a 360 (trezentos e sessenta) dias.

§ 3º Exauridos os prazos legais previstos no inciso II do caput do art. 558 e seus respectivos parágrafos, somente será admitida a decretação de nova prisão preventiva com fundamento nos incisos II e III do § 1º deste artigo.

<sup>155</sup> COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA. **Projeto de lei 4.208 de 2001**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=674565&filename=Tramitacao-PL+4208/2001](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=674565&filename=Tramitacao-PL+4208/2001)>. Acesso em 02 fev de 2018.

<sup>156</sup> Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=Tramitacao-PL+8045/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=Tramitacao-PL+8045/2010)>. Acesso em 10 fev de 2018.

<sup>157</sup> Falaremos deste tema no último tópico deste capítulo.

§ 4º Verificado excesso no prazo de duração da prisão preventiva, o juiz, concomitantemente à soltura do preso, poderá aplicar medida cautelar pessoal de outra natureza, desde que preenchidos todos os requisitos legais. Art. 561. O juiz, quando recomendável, poderá decretar a prisão preventiva com prazo certo de duração, observados, em todo caso, os limites máximos previstos no art. 558.

Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, ressalva-se a possibilidade de nova decretação da prisão preventiva, cujo limite máximo de duração, todavia, será calculado pelo saldo remanescente em função de cada uma das hipóteses do art. 558.

Recentemente, foram incluídos dois projetos de lei ao Projeto de Reforma do Código de Processo Penal com a finalidade de limitar a duração da medida cautelar. A primeira delas, incluída em 2016, de autoria do Deputado Davi Alves Júnior, propõe a inserção de quatro parágrafos ao art. 312:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares

§ 2º O decreto de prisão preventiva terá vigência máxima de 90 (noventa) dias, quando será revogado caso não tenha sido proferida sentença condenatória ou de pronúncia, conforme o caso.

§ 3º A vigência do decreto de prisão preventiva poderá ser prorrogada por uma única vez, por mais 90 (noventa) dias, quando na pendência de julgamento de recurso.

§ 4º Em se tratando de crime hediondo os prazos do presente artigo serão de até 150 (cento e cinquenta) dias<sup>158</sup>

A outra, do ano de 2017, do Deputado Bonifácio de Andrada, propõe inclusão dos §§ 1º e 2º ao art. 315, que irá dispor que se a prisão preventiva ultrapassar 30 dias, o juiz deverá justificar a necessidade de prorrogação do prazo mediante decisão passível de recurso ao tribunal competente<sup>159</sup>.

Fato é, que, por enquanto, paira a incerteza sobre a questão por ainda não serem concretas essas propostas de inclusão do tema. No entanto, na ausência de um marco definido, esses prazos aqui apresentados e os utilizados em alguns países

158

Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1496525&filename=PL+6243/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1496525&filename=PL+6243/2016)>. Acesso em 10 fev de 2018.

159

Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=53A285ABC17F76763B7B51FB1B7EAFD1.proposicoesWebExterno2?codteor=1529880&filename=PL+7074/2017](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=53A285ABC17F76763B7B51FB1B7EAFD1.proposicoesWebExterno2?codteor=1529880&filename=PL+7074/2017)>. Acesso em 10 fev de 2018.

da América Latina, podem ser utilizados como norteadores aptos a identificar a configuração do excesso.

#### 4.2 MARCOS PRAZAIIS IMPORTANTES NA AMÉRICA LATINA

A garantia de ser julgado num prazo razoável, como já mencionamos, está prevista nos arts. 7.5 e 8.1<sup>160</sup> da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>161</sup>, sendo uma regra imposta aos países signatários do Pacto de San José da Costa Rica, que, no entanto, deixa em aberto limite temporal objetivo a ser seguido<sup>162</sup>.

Neste sentido, vale importante questionamento levantado por Aury Lopes Jr: “como tratar o direito a ser julgado num “prazo” razoável, se o TEDH (e também a Corte Americana de Direitos Humanos) jamais fixou um limite temporal?”. Seria de fundamental importância que tivéssemos um critério estabelecido que servisse de baliza para a criação de um prazo no ordenamento interno.

A Comissão Europeia de Direitos Humanos (CEDH) chegou a tentar estabelecer critérios mais objetivos para delimitar os prazos, com a chamada “doutrina dos sete critérios”<sup>163</sup>, que foi rechaçado formalmente pelo Tribunal Europeu de Direitos

---

<sup>160</sup> 7.5. Toda pessoa detida ou retida [...] tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode se condicionada a garantas que assegurem o seu comparecimento em juízo. 8.1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

<sup>161</sup> “Enquanto a garantia prevista no art. 8.1 se aplica a todos os jurisdicionados, protegendo contra excessiva lentidão do procedimento, a outra – do art. 7.5 – se aplica apenas em matéria punitiva, desde que o réu esteja preso”. MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011: análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção americana de Direitos Humanos**. 2 ed. rev. atual. e ampl – Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 176.

<sup>162</sup> STOCK, Bárbara Sordi. O direito fundamental a ser julgado em um prazo razoável. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 57. jan-abr, 2006. p. 149.

<sup>163</sup> Para verificar a razoabilidade da prisão preventiva, deveria ser considerado: a) a duração da prisão cautelar; b) a duração da prisão cautelar em relação a natureza do delito, a pena fixada e a provável pena a ser aplicada em caso de condenação; c) os efeitos pessoais que o imputado sofreu, tanto de ordem material como moral ou outros; d) a influência da conduta do imputado em relação à demora do processo; e) as dificuldades para a investigação do caso (complexidade dos fatos, quantidade de testemunhas e réus, dificuldades probatórias etc.); f) a maneira como a investigação foi conduzida; g) a conduta das autoridades judiciais. LOPES JR., Aury. O direito de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a (de)mora jurisdicional no processo penal. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. Brasil. a. 1. v. 1. n. 1 jun-dez 2004. p. 229.

Humanos (TEDH)<sup>164</sup>. Daí então, no caminhar diametralmente oposto ao que se espera em termos de objetividade, o TEDH restringiu os critérios, passando a adotar somente: a complexidade do assunto, o comportamento das partes e de seus procuradores e a atuação do órgão jurisdicional<sup>165</sup>.

Entretanto, tais critérios criam uma sistematização que valoriza a relativização justamente daquilo que deveria dar-se um cuidado mais rígido e objetivo. O reconhecimento desses critérios traz como imediata consequência a visualização das dilações indevidas como um conceito indeterminado e aberto, que impede de considerá-las como a simples inobservância dos prazos processuais pré-fixados a doutrina do “não prazo”<sup>166</sup>

Como destaca Vinícius Lang dos Santos, nas legislações de outros países, quase sempre está regulada a regra geral de que a prisão revela-se injusta quando inexistentes os motivos que a ensejaram – quanto a isso, não há que se preocupar – , entretanto, o que merece atenção diz respeito ao encurtamento da prisão provisória justa<sup>167</sup>.

Desta maneira, “diante da ausência de marcos temporais, compete às autoridades judiciárias nacionais e internacionais a constante observância para que a duração da custódia cautelar não ultrapasse o limite da razoabilidade<sup>168</sup>”, vários países têm se encarregado de criar seus próprios prazos de duração de tal medida. Alguns dos nossos companheiros da América Latina já saíram na nossa frente neste aspecto.

O Código de Processo Penal paraguaio figura como referencial a ser seguido na América Latina, posto que, além de estabelecer critérios objetivos de duração da prisão preventiva, se harmoniza com as diretrizes estabelecidas pela CADH e, assim

---

<sup>164</sup> SANTOS, Vinícius Lang dos. **O Direito constitucional ao prazo razoável e a duração da prisão preventiva**. 2008. 136 f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 76.

<sup>165</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.p. 86

<sup>166</sup> Ibid., p. 77.

<sup>167</sup> Ibid., p. 100.

<sup>168</sup> MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011: análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção americana de Direitos Humanos**. 2 ed. rev. atual. e ampl – Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 176.

como o Brasil e outros países da América Latina, possui as mesmas dificuldades de administração da justiça penal<sup>169</sup>.

O prazo de duração da prisão preventiva no Paraguai está regulado no art. 154 do referido diploma, ao estabelecer que “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”<sup>170</sup>. Estabelece também:

O prazo *máximo de duração do processo penal será de 3 anos* (art. 136 et seq.), após o qual, o juiz o *declarará extinto* (adoção de uma solução processual extintiva). Também fixa, no art. 139, um limite para a fase pré-processual (a investigação preliminar), que, uma vez superado, dará lugar a extinção da ação penal. Por fim, cumpre destacar a *resolução ficta*, insculpida nos arts. 141 e 142 do CPP paraguaio, por meio do qual, em síntese, se um recurso contra uma prisão cautelar não for julgado no prazo fixado no Código, o imputado poderá exigir que o despacho seja proferido em 24 horas. Caso não o seja, se entenderá que lhe foi concedida a liberdade (grifos do autor)<sup>171</sup>.

O código de processo penal peruano vai no mesmo sentido, embora, fixe seus prazos de acordo com o rito procedimental previsto para o delito. Igualmente objetiva, na Argentina também fixa prazo máximo de duração da prisão preventiva, no entanto, utiliza prazo unitário, de dois anos, que não leva em consideração o delito nem a pena prevista e permite sua prorrogação por mais um ano<sup>172</sup>.

O novo Código Procesal Penal do Chile – Lei n° 19.696, de 12 de outubro de 2000 -, também estabelece um prazo máximo para as prisões preventivas, tendo por base a metade da pena prevista em casa de condenação. O desencarceramento, contudo, não é automático. Atingido tal limite temporal, o tribunal marcará uma audiência, com o fim de considerar o término ou a prorrogação da prisão (art. 152)<sup>173</sup>.

Comungamos da ideia de Aury Lopes Jr. de que os prazos paraguaios aparecem-nos como um bom modelo a ser seguido, sobretudo pela previsão de extinção do processo ante a (de)mora estatal – que não se confunde com a prescrição,

---

<sup>169</sup> LOPES JR., Aury. O direito de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a (de)mora jurisdicional no processo penal. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. Brasil. a. 1. v. 1. n. 1 jun-dez 2004. p. 235.

<sup>170</sup> SANTOS, Vinicius Lang dos. **O Direito constitucional ao prazo razoável e a duração da prisão preventiva**. 2008. 136 f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p.100.

<sup>171</sup> LOPES JR., op. cit., p. 234.

<sup>172</sup> SANTOS, op. cit., p. 101.

<sup>173</sup> LOPES JR., Aury; BADARÓ, G. H. R. I. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: 2006. p. 101.

prevista no nosso ordenamento<sup>174</sup>. No entanto, devemos destacar que embora esses prazos da legislação estrangeira sejam aplicados pelos juízes como forma de suprir o silêncio da lei brasileira, eles devem servir muito mais de parâmetro para inspirar a criação de um diploma normativo interno, porque a ausência de critérios legais deixa a cargo do entendimento do juiz qual prazo – dentre os existentes em vários países – vai aplicar, o que talvez leve a uma ainda maior insegurança do que não ter prazo algum.

### 4.3 EXCESSO DE PRAZO E EXAME PERIÓDICO

“Se não é possível ao juiz estabelecer de antemão, o prazo de duração da custódia cautelar, quando se verifica o excesso de prazo a configurar constrangimento ilegal?<sup>175</sup>”. É a pergunta que devemos fazer. Na ausência de critérios temporais específicos a serem adotados, a prisão preventiva será identificada como excessiva quando assim pensar o juiz, de acordo com seu entendimento<sup>176</sup>.

De certo que, embora tenhamos um leque grande de prazos a serem utilizados como parâmetro, em que o juiz pode amparar sua decisão, nada é fixo, ficando, na expressão popular, “à escolha do freguês”, qual deles aplicar. Em posição contrária à nossa, Santos<sup>177</sup> considera que “ante a falta de regulação legal, os juízes deveriam dispor um prazo razoável por via judicial, devendo efetuar a manifestação acerca de que se auto-atribuem uma competência própria de legislador”.

Veja, não é que estamos opinando no sentido de que o juiz não deve aplicar prazo algum, pela inexistência de previsão legal. Notadamente, entendemos que, enquanto a indeterminação deste assunto pairar sobre o nosso ordenamento, os juízes terão que aplicar algum critério que considerem mais razoável. Ocorre que, devemos ter em mente que essa seria uma medida paliativa, que, entretanto, não resolve o problema - as vezes até acentua o problema de saber sobre o excesso de

---

<sup>174</sup> LOPES JR., Aury. O direito de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a (de)mora jurisdicional no processo penal. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. Brasil. a. 1. v. 1. n. 1 jun-dez 2004. p. 232 e 235.

<sup>175</sup> INÁCIO, Roberto Varalo. **A prisão preventiva e o excesso de prazo**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. n. 70. set.-dez 2011. p. 46.

<sup>176</sup> A depender de qual parâmetro, dentre os existentes, irá adotar.

<sup>177</sup> SANTOS, Vinicius Lang dos. **O Direito constitucional ao prazo razoável e a duração da prisão preventiva**. 2008. 136 f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 98.

prazo quando os critérios são muito dissonantes -, devendo insistir na saída pela via legislativa.

Nesse sentido, pela falta de prazos fixados em lei, não temos como saber a partir de que momento estaria configurado o excesso de prazo, ou seja, a partir de que momento a segregação de torna absolutamente ilegal<sup>178</sup>. Para Giacomolli, o constrangimento ilegal decorrente de excesso de prazo “há que ser verificado na sua individualidade [...] e também na perspectiva de término do processo num prazo razoável”, atribuindo uma série de elementos à esta análise<sup>179</sup>.

Disso se extrai que será considerada uma prisão preventiva excessivamente demorada quando o critério que estiver sendo adotado assim entender. No entanto, há que se questionar qual medida ideal a ser adotada, já que, uma vez considerado que há excesso de prazo – e, conseqüentemente, o constrangimento ilegal – deve ser imediatamente posto em liberdade.

Da ilegalidade da prisão, fruto do seu excesso de prazo, deveria decorrer, logicamente, a imediata soltura do imputado. No então, caso essa saída não ocorra, pela previsão no Código de Processo Penal, são cabíveis os fundamentos de relaxamento de prisão – cabível quando esta for ilegal, que pode ocorrer no caso, por exemplo, em há o excesso de prazo, ou quando a prisão preventiva é decretada em crime culposo<sup>180</sup> – e revogação da prisão preventiva – apta quando desaparecem os motivos que a ensejam<sup>181</sup> – para ensejar *habeas corpus*, disciplinado no art. 648, II, com redação que permite concluir que este é o remédio ideal para pôr fim ao constrangimento ilegal que é submetido o acusado preso preventivamente por mais tempo do que o razoável.

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:  
II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei.

---

<sup>178</sup> LOPES JR., Aury; BADARÓ, G. H. R. I. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: 2006. p. 53.

<sup>179</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas do cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 35.

<sup>180</sup> A prisão preventiva deve ser relaxada quando se verificar qualquer ilegalidade no decorrer da prisão preventiva, tendo sua previsão no art. 310, I do Código de Processo Penal e no art. 5º, LXV, da Constituição Federal.

<sup>181</sup> O Código de Processo Penal estabelece, no seu art. 316 que “o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

Desta maneira, nas palavras de Aury Lopes Jr., “o legislador deve sim estabelecer de forma clara os limites temporais da prisões cautelares a partir dos quais a segregação é ilegal, bem como deveria consagrar expressamente um “dever de revisar periodicamente” a prisão cautelar decretada<sup>182</sup>”. A questão que se coloca, portanto, com a finalidade de verificar a permanência dos motivos que ensejaram a prisão preventiva, é a do exame periódico, para evitar que os acusados presos sejam simplesmente esquecidos<sup>183</sup>, como, de fato, ocorreu com Marcos Mariano da Silva<sup>184</sup> que, tendo ficado cego de dois olhos, ficou preso preventivamente – indevidamente<sup>185</sup> – por 13 anos. Foi a ausência de limitação temporal na lei para configuração do excesso de prazo e a falta do exame periódico da prisão preventiva que não permitiu a constatação do constrangimento ilegal ao qual estava sendo submetido e, por isso, o Estado foi obrigado a indenizá-lo.

Desta forma, como o código de processo penal estabelece, no art. 315, que uma vez verificada a inexistência dos motivos que ensejaram a aplicação da prisão preventiva, esta deve, da mesma maneira, desaparecer, conclui-se pela existência de um dever do magistrado em atentar-se ao exame da necessidade da segregação preventiva, periodicamente. Grande dificuldade, entretanto, consiste, igualmente, na falta de fixação de prazos para que ocorra esse exame periódico, incumbindo também à legislação estrangeira servir de parâmetro de aplicação, como é o caso da legislação portuguesa, que determina a obrigação do juiz de revisar, a cada 3 meses a medida cautelar decretada<sup>186</sup>.

---

<sup>182</sup> LOPES JR., Aury; BADARÓ, G. H. R. I. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: 2006. p.107.

<sup>183</sup> LOPES JR., Aury. Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5060](http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5060)>. Acesso em 10 fev 2018.

<sup>184</sup> Estado tem de indenizar inocente que ficou 13 anos preso. **Consultor jurídico**. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2006-out-19/estado\\_indenizar\\_inocente\\_ficou\\_13\\_anos\\_preso](https://www.conjur.com.br/2006-out-19/estado_indenizar_inocente_ficou_13_anos_preso)>. Acesso em 18 fev 2018.

<sup>185</sup> O termo “indevidamente” neste caso tem duas significações. Somente pelo fato de estar preso por 13 anos, a prisão preventiva dele já havia assumido feições de pena e por isso, indevida, soma-se a isso o fato dele estar preso sem ter cometido crime algum, como foi descoberto.

<sup>186</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo de. **O razoável prazo de duração da prisão cautelar e a jurisprudência dos 81 dias**. Site Jusnavigandi, 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7092>>. Acesso em 27 jan 2018.

Neste sentido, merece destaque a forma como tem se posicionado o juízo da Comarca de Itaberaba<sup>187</sup>, no interior da Bahia, acerca, não somente da adoção de critérios proporcionais de delimitação prazal – baseados em ampla fundamentação doutrinária e de direito comparado –, como também da efetivação do exame periódico cabível à tais medidas. O posicionamento progressista que tem sido adotado em tal instância – apesar de louvável por demonstrar a clara preocupação em tentar solucionar a questão a fim de assegurar os princípios do direito processual penal –, só contribui para reforçar o que falamos anteriormente: a dificuldade que tem o magistrado em decidir questões práticas sem a necessária exatidão legal.

---

<sup>187</sup> Inteiro teor da decisão de relaxamento de prisão no “Anexo a”.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema das prisões preventivas dá margem à ampla discussão, sobretudo porque se constitui no direito como ponto sensível relativo à garantia de liberdade. Por isso, impõe-se a necessidade de assegurar todos os atributos que lhe proporcionam legalidade e legitimidade.

Através deste estudo, pudemos perceber a importância do caráter provisório da prisão preventiva para fins de preservação das garantias do acusado de ser considerado (e tratado) como inocente e de ter um processo no tempo razoável. Violados estes direitos, não temos como pensar no processo, muito menos na prisão preventiva.

O que se espera, quando se fala em duração razoável do processo não é em um processo rápido, com objetivo puro e simples de chegar a um termo final – nem aquele, no mais aflitivo dos cárceres, espera isso –, mas a adequação, na exata proporção em que se possa coexistir um processo que não se arraste no tempo e que observe todas as garantias constitucionais do devido processo legal.

A questão da indefinição do tempo importa para entendermos como o instituto – amparado na lacuna legislativa – perde sua finalidade quando não respeitado os limites do razoável. Pela importância do caráter provisório da medida é que se impõe a necessidade de efetivá-lo através da fixação um termo máximo para sua duração.

Urge, portanto, a necessidade do legislativo se pronunciar acerca do tema, determinando sua duração com base em critérios fixados na lei, a fim de que lhe dê a segurança necessária de que a prisão não se prolongará no tempo. Aliado a isso, a falta de obrigatoriedade em termos temporais do exame periódico da medida faz com que a prisão tenha caráter meramente formal, sem nenhuma efetividade prática, por isso, igualmente necessitado de resposta legal.

Enquanto a questão não é resolvida pela via legislativa, o judiciário é chamado a solucionar os conflitos desta natureza e precisa dar uma resposta adequada, fundando-se, para tal, nos critérios existentes na doutrina, organismos internacionais e legislação estrangeira.

Fato é que não podemos nos contentar com prazos excessivamente elásticos e abstratos, tais como os propostos pela CADH, nem podemos simplificar à mera soma simples de todos os prazos, nem, muito menos, apenas nos espelhar na legislação estrangeira. Devemos, em verdade, por uma questão de segurança quanto aos critérios de utilização, defender a resposta legislativa para o problema da indefinição. Ainda que tenhamos balizas razoavelmente aplicáveis ao estabelecimento do prazo de duração da prisão preventiva, pela falta de vinculação obrigatória a um deles, se cada juiz adotar um, é o mesmo que não ter nenhum.

De certo, não se nega que aos juízes é imposto um dever de dar solução à questão por outra saída enquanto a resposta legislativa não vem, entretanto, devemos ter em mente que essa seria uma medida paliativa, mas que não resolve o tema. Notadamente, entendemos que, enquanto a vagueza sobre este assunto pairar sobre o nosso ordenamento, não haverá critérios para que se identifique o excesso de prazo, podendo ser tantos quantos forem os prazos adotados na prática pelos juízes.

Desta maneira, um processo penal calcado nas garantias de tratamento e liberdade do acusado, deve proporcionar a um instituto excepcional como o das prisões preventivas a máxima legalidade possível, impondo-a submissão a uma exata delimitação temporal a fim de que lhe sejam preservados os seus atributos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergamann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª ed. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2004.

BADARÓ, G. H. Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo. v. 103. jan-dez-2008. p. 381-418.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ebook. Edição Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em 10 de novembro de 2017.

BOQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. **Execução penal e o mito da ressocialização: disfunções da pena privativa de liberdade**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 158-162

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 52. Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 21: Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo da instrução.

BRASIL. Código de Processo Penal (1940). **Decreto-Lei n.2.848**. Brasília, DF: Senado, 1940.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 80.719-4/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, 26 junho de 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 100.564/PI. 1ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 27 de abril de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Plenário. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, advogados**. Tradução Ivo de Paula. São Paulo: Editora Pillares, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campina, SP: Servanda Editora, 2016.

CARNELUTTI, Franceso. **O problema da pena**. Tradução Ricardo Pérez Banegal. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 3 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTILHOS, Tiago Oliveira de; SILVEIRA, Felipe Lazzari. O prazo de duração da prisão preventiva: um vazio legal no marco dos direitos humanos. **Justiça do Direito**. v. 30. n. 2. mai-ago, 2016. p. 330-346.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30ª ed. rev. atual. Malheiros, 2014.

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA. **Projeto de lei 4.208 de 2001**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=674565&filename=Tramitacao-PL+4208/2001](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=674565&filename=Tramitacao-PL+4208/2001)>. Acesso em 02 fev de 2018.

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

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora JusPodivm, 2017.

Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1496525&filename=PL+6243/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1496525&filename=PL+6243/2016)>. Acesso em 10 fev de 2018.

Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=Tramitacao-PL+8045/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=Tramitacao-PL+8045/2010)>. Acesso em 10 fev de 2018.

Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=53A285ABC17F76763B7B51FB1B7EAFD1.proposicoesWebExterno2?codteor=1529880&filename=PL+7074/2017](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=53A285ABC17F76763B7B51FB1B7EAFD1.proposicoesWebExterno2?codteor=1529880&filename=PL+7074/2017)>. Acesso em 10 fev de 2018.

DOTTI, René Ariel. As bases constitucionais do direito penal democrático. **Revista Inf. Legisl. Brasília**. a. 22. n. 88. out-dez 1985. p. 31-44.

Estado tem de indenizar inocente que ficou 13 anos preso. **Consultor jurídico**. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2006-out-19/estado\\_indenizar\\_inocente\\_ficou\\_13\\_anos\\_preso](https://www.conjur.com.br/2006-out-19/estado_indenizar_inocente_ficou_13_anos_preso)>. Acesso em 18 fev 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2 ed. rev. ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalheite. 33 ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. Prazo Razoável e o Estado Democrático de Direito. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 152, v. 13, jul. 2005. p. 6-7.

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

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Presuncion de Inocencia y prisión sin condena. **Revista de Ciencias Penales de Costa Rica**. San José, a. 9. n. 13. ago, 1997. p. 5-18.

INÁCIO, Roberto Varalo. **A prisão preventiva e o excesso de prazo**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. n. 70. set.-dez 2011. p. 45-51.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do inimigo: noções críticas**. 6ed., 2 tir – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

JHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. 1 ed. Leme: CL Edijur, 2014.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

LAZZAROTTO, C. P. A prisão cautelar como antecipação da pena. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar**. Umuarama. v. 9, n. 2, 2006. p. 297-312.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** – 13 ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., **Prisões cautelares**. 5 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

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

LOPES JR., **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 4ª ed. rev. atual. ampl. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR., O direito de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a (de)mora jurisdicional no processo penal. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. Brasil. a. 1. v .1. n. 1 jun-dez, 2004. p. 219-243.

LOPES JR., **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a entender a imparcialidade do juiz.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2017.

LOPES JR., **Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares.** Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5060](http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5060)>. Acesso em 10 fev 2018.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, G. H. R. I. **Direito ao processo penal no prazo razoável.** Rio de Janeiro: 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Estação Científica (Ed. Especial Direito)**. Juiz de Fora, v. 1. n. 4. out-nov, 2009. p. 82-97.

MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011: análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção americana de Direitos Humanos.** 2 ed. rev. atual. e ampl – Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena.** Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo. Prefácio Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MINAGÉ, Thiago. **Princípios óbvios não são aplicados à prisão preventiva.** Publicado em 15 de junho de 2015. <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/06/13/principios-obvios-nao-sao-aplicados-a-prisao-preventiva/>>. Acesso em 15 de jan de 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento nacional de informações penitenciárias IFOPEN.** Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. Brasília. 2014.

PASTOR, Daniel R. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. **Revista de Estudios de la Justicia**. Chile, n. 4, a. 2004. p. 51-76.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que julgam.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PRADO, Daniel Nicory do. **A prática da audiência de custódia.** Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017.

PRADO, Geraldo. **Prisão e liberdade.** Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13211-13212-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 de novembro de 2017.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – parte geral**. 6 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ROJAS, Edgar Saavedra. **La detencion preventiva y su crisis: perspectiva procesal y penitenciaria**. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoys>>. Acesso em 15 jan de 2018. p. 125-140.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR., Salah. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. Duração razoável do processo sem contrapartida é como promessa de amor. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-18/limite-penal-duracao-razoavel-contrapartida-igual-prometer-amor>>. Acesso em 01 jan 2018.

SAAD, Marta. Assimilação das finalidades da pena pela prisão preventiva. **Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB**. a. 1. vol. 1. n. 1. jun 2013. p. 249-250.

SANTOS, Vinicius Lang dos. **O Direito constitucional ao prazo razoável e a duração da prisão preventiva**. 2008. 136 f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **O razoável prazo de duração da prisão cautelar e a jurisprudência dos 81 dias**. Site Jusnavigandi, 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7092>>. Acesso em 27 jan 2018.

STOCK, Bárbara Sordi. O direito fundamental a ser julgado em um prazo razoável. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 57. jan-abr, 2006. p. 143-152.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Prisão provisória. **Revista de Informação Legislativa. Brasília**. a. 31. n. 122. mai-jul 1994. p. 97-101.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZACKSESKI, Cristina. O problema dos presos sem julgamento no Brasil. **Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo. a. 4. 2010. p. 88-99.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3 ed. 3 reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

## ANEXO A



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
Comarca de Itaberaba  
1ª Vara Criminal

Rua Doutor Ornan Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho • CEP  
46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA • E-mail:  
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br  
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

fls. 226

Réu Preso

## DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Processo nº: 0300324-66.2014.8.05.0112  
Classe - Assunto: Ação Penal - Procedimento Ordinário - Latrocínio  
Denunciante: O Ministério Público do Estado da Bahia  
Denunciado: Sergio Amaral do Carmo

Vistos, etc.

SERGIO AMARAL DO CARMO, devidamente qualificado nos autos, mediante Advogado constituído, apresentou o presente pedido de Revogação e Prisão Preventiva, cumulado com pedido de Relaxamento de Prisão.

Aduziu o nobre Causídico, em síntese, que não existem fundamentos que justifique a segregação cautelar do agente, bem como que esta é desnecessária para acautelar a ordem pública ou assegurar a instrução processual.

Relatou que a decisão pautou-se na gravidade genérica do tipo penal imputado. Em seu argumento, ainda afirmou pela excepcionalidade da segregação; da ocupação lícita e certa do requerente após eventual soltura e, por fim, apontou que se encontra preso há dez meses sem conclusão da instrução processual, configurando excesso de prazo para formação da culpa.

Em parecer, o Órgão Ministerial opinou pela não concessão do pedido, ante a ausência de provas ou motivos que o justifiquem, associado ao fato de a periculosidade do agente inviabilizar a aplicação de medida diversa,

Em seguida vieram-me os autos conclusos.

**É O SUCINTO RELATÓRIO, FUNDAMENTO E DECIDO.**

Entendo ser o caso de relaxamento de prisão, não acompanhando as razões lançadas pelo MPBA no seu parecer de fls. 212/219.

Nas fls. 188/190 foi emitido ofício pela Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia, no qual se informa o seguinte: 1) que a SSP/BA tem enfrentando gigantesca demanda para recambiamento de presos; 2) que há diminuto efetivo operacional, contando apenas com 13 (treze) investigadores de Polícia empregados no recambiamento de presas; 3) que é autorizada a requisição de passagens aéreas para servidores policiais e presos, desde que não se ultrapasse a cota mensal de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) na promoção da movimentação dos custodiados; 4) que a POLINTER já excedeu a cota mensal a serem utilizadas no mês de dezembro de 2016, sendo que será

Fls. 226 - Documento assinado eletronicamente pelo Ministério Público do Estado da Bahia, em 12/12/2016, às 14:58:12, sob o código 31219313.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
Comarca de Itaberaba  
1ª Vara Criminal

Rua Doutor Ornan Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho • CEP  
46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA • E-mail:  
vormeitaberaba@tjba.jus.br  
vormeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

fls. 221

possível compor plano de aquisição de passagens aéreas para o Distrito Federal quando for disponibilizados recursos para fins de deslocamento aéreo.

Não é novidade para qualquer pessoa que o Brasil se encontra em panorama de crime no sistema prisional/penitenciário. O e, STF reconheceu no ano de 2016 a tese do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, em decisão tomada nos autos da ADPF nº 347, cuja ementa é a seguinte:

**CUSTODIADO - INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL - SISTEMA PENITENCIÁRIO - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADEQUAÇÃO.** Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. **SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL - SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA - CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA - VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - FALHAS ESTRUTURAIS - ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL - CONFIGURAÇÃO.** Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como "estado de coisas inconstitucional". **FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL - VERBAS - CONTINGENCIAMENTO.** Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. **AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.** Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (STF - ADPF 347 MC/DF - RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO - TRIBUNAL PLENO - DJE 19/02/2016)

Consoante se observa, o e, STF fixou como premissa aquela no sentido de que há "violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como 'estado de coisas inconstitucional'".

O sistema de recambiamento de presos faz parte da política penitenciária/prisional, na medida em que se coloca como mecanismo para viabilizar a



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
Comarca de Itaberaba  
1ª Vara Criminal

Rua Doutor Ormen Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP  
46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail:  
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br  
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

transferência de presos custodiados em outros pontos da Federação, competência essa a cargo do Poder Executivo, através da Polinter, vinculada a Secretaria de Segurança Pública.

O teor do ofício expedido nas fls. 188/190 dos autos dá conta do evidente quadro de descaso do Poder Executivo em matéria de recambiamento de presos, não havendo qualquer suporte financeiro/orçamentário capaz de se cumprir a missão que é conferida a Polinter para tal mister. A previsão de orçamento mensal de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para a realização de recambiamento de presos é risível quando comparada aos gastos que o Governo do Estado da Bahia realizou em matéria de propagação institucional no ano de 2015, por exemplo, soma esta que alcançou nada menos do que R\$ 154.394.598,22 (cento e cinquenta e quatro milhões, trezentos e noventa e quatro mil, quinhentos e noventa e oito reais e vinte e dois centavos).

Tais dados são extraídos da seguinte notícia veiculada na rede mundial de computadores:

*"Uma ação civil pública movida em conjunto entre o Ministério Público Federal (MPF) e a Defensoria Pública Estadual da Bahia aponta o excesso de gastos que o Estado da Bahia aplicou em publicidade, em detrimento de serviços básicos, como Saúde. Segundo o MPF e a Defensoria, a Bahia é o 6º Estado que menos investe em saúde no país, apenas R\$300,36 por habitante. 'Por outro lado, o Estado da Bahia aplicou em publicidade, R\$ 154.394.598,222 no exercício de 2015', diz.*

*Os autores reiteram na ação que, desde agosto de 2015, realizaram três reuniões com representantes dos entes federativos e, em nenhuma delas, foi apresentada 'qualquer solução efetiva, apenas medidas paliativas baseadas no discurso de eficiência administrativa e a falta de recursos financeiros'.*

*'Sem entrar no mérito, qualquer observador desatento constataria que, diante de tal disponibilidade financeira [para publicidade], o Estado disporia de recursos para custear qualquer outra política de interesse público, já que despendeu tantos recursos financeiros com a execução de programa de menor preponderância para as reais necessidades da coletividade. Neste ínterim, cabe fazer ponderação entre os valores mais importantes para a coletividade: a título de exemplo, a realização de publicidade institucional ou a eficaz prestação do serviço público e essencial de saúde. Nesta ponderação, é evidente que deve ser privilegiado o direito à vida, instrumentalizado pela eficaz prestação dos serviços de saúde', argumenta o MPF e a Defensoria Pública na*



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
Comarca de Itaberaba  
1ª Vara Criminal

Rua Doutor German Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP  
46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail:  
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br  
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

fls. 223

ação.º.

Por certo se sabe que a questão do sistema penitenciário e prisional reclama providências de ordem orçamentária, uma vez que é necessária a efetivação de prestação de cunho material por parte do Poder Executivo. Porém, é também sabido que as prestações atinentes ao mínimo existencial não se colocam em patamar de discricionariedade por parte do Poder Público, o qual não pode se escudar no argumento da reserva do possível para que cumpra com a destinação da parcela mais básica ao cidadão.

No caso do sistema de recambiamento de presos no Estado da Bahia, tem-se que anualmente é destinada verba no valor de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), quando somados os orçamentos mensais para tal serviço público a ser desempenhado pela Polinter. Em contrapartida, R\$ 154.394.598,22 (cento e cinquenta e quatro milhões, trezentos e noventa e quatro mil, quinhentos e noventa e oito reais e vinte e dois centavos) foram gastos pelo Estado da Bahia em propaganda institucional, algo que somente tem como escopo informar à população a respeito do cumprimento de obrigações constitucionais ou legais pela Administração Estadual.

É mais do que comprovado o quadro de desproporcionalidade, na vertente da proteção deficiente, que é oferecido pelo Estado da Bahia em matéria de recambiamento de presos. A previsão de verba no limite de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) é manifestamente insuficiente para que se tenha plenamente respeitado o direito à razoável duração do processo, de modo que está configurada nos autos a inércia estatal em prover, de forma minimamente suficiente, o serviço de recambiamento.

Em matéria de atos do Poder Público, incide sempre o princípio da proporcionalidade, o qual se encontra implicitamente previsto na Constituição Federal a partir da cláusula do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, CF). A respeito do referido princípio, tem-se a sua significação como a vedação ao excesso por parte do Poder Público, como também se mostra consagrada a faceta da vedação à proteção deficiente.

Quanto a segunda, tem-se que é terminantemente vedada ao Estado ofertar tratamento que não confira uma proteção adequada a determinado valor constitucional, de modo a praticamente nulificar o núcleo essencial de determinado direito fundamental. No caso em evidência, tem-se que o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) revela-se como flagrantemente incapaz de oferecer o recambiamento do preso em prazo razoável, o que



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
Comarca de Itaberaba  
1ª Vara Criminal

Rua Doutor Ornan Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP  
46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail:  
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br  
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

acaba por gerar a conclusão de que há evidente inércia por parte das instâncias estatais quanto a realização da transferência do Acusado, violando o direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88).

É de se ressaltar que o papel do Poder Judiciário em matéria criminal é aquele no sentido de se constituir como instância que prime pela efetividade da jurisdição, a fim de que, caso haja comprovação da hipótese acusatória em sede instrutória, se tenha veredito condenatório, como também se coloca o juiz na função de ser instância garantidora de direitos fundamentais frente a ação estatal.

Observa-se que o primeiro despacho ordenando o recambiamento do Acusado se deu no dia 23 de setembro de 2016. Passados mais de 09 (nove) meses, tem-se que até o presente momento não foi efetivado o comando constante do despacho de fls. 175 dos autos, em nítida situação de prolongamento da prisão provisória por força de questões inerentes à falta de estrutura da Polinter para fins de efetivação da ordem de recambiamento.

No caso do direito à razoável duração do processo, ainda não se dignou o legislador ordinário em prever balizas objetivas para fins de avaliação do prazo de duração do processo penal e nem mesmo das prisões cautelares. Assim, o caminho que vem se desenhando é considerar os critérios definidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto ao tema, a qual tem fixado os seguintes nortes:

"O TEDH e a CIDH utilizam alguns critérios básicos para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável: (a) espécie de processo; (b) complexidade do caso; (c) atividade processual do interessado (imputado); e (d) conduta das autoridades judiciárias. Isso ficou assentado no Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua, de 1997." (GIACOMOLLI, Nereu José. Devido Processo Penal, 2015, p. 347, Editora Revista dos Tribunais)

A invocação dos critérios cunhados pela jurisprudência das Cortes de Proteção a Direitos Humanos é importante, em razão de dois fatores: 1) o Brasil é signatário da CIDH, devendo render postura de respeito com as decisões já tomadas pela referida Corte em matéria de proteção de Direitos Humanos, sob pena de se considerar o Estado Brasileiro como um espécie de órgão "bipolar", com atuação interna diferente daquela observável no plano do instrumento regional de proteção de Direitos Humanos que fez questão de aderir mediante Tratado Internacional; 2) o fato de que atualmente cresce a aplicação do princípio do cosmopolitismo ético-constitucional, ou constitucionalismo multi-



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
Comarca de Itaberaba  
1ª Vara Criminal

Rua Doutor Ornan Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho • CEP  
46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail:  
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br  
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

fls. 225

nível, no qual se consigna que deve haver postura de diálogo entre o direito interno e as decisões tomadas pelas Cortes de Proteção a Direitos Humanos.

Em monografia a respeito do tema da razoável duração do processo, válido seguir os ensinamentos de Vinicius Lang (O Direito Constitucional à Razoável Duração do Processo e a Duração da Prisão Preventiva, disponível em <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4789/1/409055.pdf>), o qual fixa um panorama no Direito Comparado acerca da disciplina dos prazos de validade da medida excepcional da prisão preventiva, podendo se enxergar o seguinte:

| PAÍS      | PRAZO DE DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA   | VA         |
|-----------|---|------------|
| ARGENTINA | 02 (DOIS) ANOS, PODENDO SER AMPLIADA POR MAIS 01 (UM) ANO, A DEPENDER DA QUANTIDADE DE FATOS PUNIBELIS INVESTIGADOS E A COMPLEXIDADE DA CAUSA (pág. 101)  | DOIS ANOS  |
| ESPAÑA    | 02 (DOIS) ANOS, PODENDO SER AMPLIADA POR MAIS 02 (DOIS) ANOS, quando a pena prevista seja de prisão maior (pág. 104) – o que equivaleria aos crimes com pena superior a 04 (quatro) anos;   | DOIS ANOS  |
| ALEMANHA  | 06 (SEIS) MESES, podendo ser prorrogada diante dos seguintes pressupostos: "sonante quando a especial dificuldade ou a especial extensão da investigação, ou qualquer outro importante motivo não permitir sentenciá-lo; se justifique a continuação da prisão". (pág. 104) | SEIS MESES |

No caso do Brasil, há notícia da apresentação do Projeto de Lei nº 4793/2009, de autoria do então Senador Vital do Rego, cuja proposta seria de fixação do prazo de 120 (cento e vinte) dias de duração da prisão preventiva, com possibilidade de prorrogação pelo mesmo prazo, na hipótese de comprovada e extrema necessidade. Ocorre que tal projeto de lei foi arquivado na Câmara dos Deputados.

Mais recentemente se apresentou o Anteprojeto de Código de Processo Penal, veiculado através do Projeto de Lei 8045/2010, no qual se tem a previsão dos seguintes

Para acessar os autos processuais, acesse o site <http://www.tjba.jus.br>, informe o processo nº 0300324-98.2014.8.000112 e o código 3727058.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
Comarca de Itaberaba  
1ª Vara Criminal

Rua Doutor Ormen Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP  
46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail:  
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br  
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

prazos de duração da prisão preventiva:

*Art. 558. Quanto ao período máximo de duração da prisão preventiva, observar-se-ão, obrigatoriamente, os seguintes prazos:*

*I - 180 (cento e oitenta) dias, se decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória recorrível, observado o disposto nos art. 14, VIII e parágrafo único, e 31, §§ 3º, e 4º;*

*II - 360 (trezentos e sessenta) dias, se decretada ou prorrogada por ocasião da sentença condenatória recorrível, não se computando, no caso de prorrogação, o período anterior cumprido na forma do inciso I do caput deste artigo.*

[...]

*§ 3º Acrescentam-se, ainda, 60 (sessenta) dias aos prazos previstos nos incisos I e II do caput deste artigo, bem como nos §§ 1º e 2º, no caso de investigação ou processo de crimes cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou superior a 12 (doze) anos.º.*

*Art. 559. Os prazos máximos de duração da prisão preventiva serão contados do início da execução da medida.*

*§ 1º Se, após o início da execução, o custodiado fugir, os prazos interrompem-se e, após a recaptura, serão contados em dobro.*

*§ 2º Não obstante o disposto no § 1º deste artigo, em nenhuma hipótese a prisão preventiva ultrapassará o limite máximo de 4 (quatro) anos, ainda que a contagem seja feita de forma descontínua.*

*Art. 560. Ao decretar ou prorrogar a prisão preventiva, o juiz indicará o prazo de duração da medida, findo o qual o preso será imediatamente posto em liberdade, observado o disposto no §§ 1º e 4º deste artigo.*

*§ 1º Exaurido o prazo legal previsto no inciso I caput do art. 558, posto o réu em liberdade, somente será admitida nova prisão preventiva nas hipóteses de:*

*I - decretação no momento da sentença condenatória recorrível de primeira instância ou em fase recursal, nos termos do inciso II do caput e § 1º do art. 558;*

*II - fuga comprovada por reiterado não atendimento de intimações judiciais;*

*III - comportamento gravemente censurável do réu após a sua liberação.*

[...]

*Art. 562. Qualquer que seja o seu fundamento legal, a prisão preventiva que exceder a 90 (noventa) dias será obrigatoriamente reexaminada pelo juiz ou tribunal*



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
Comarca de Itaberaba  
1ª Vara Criminal

Rua Doutor Ornan Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP  
46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail:  
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br  
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

fls. 227

Réu Preso

competente, para avaliar se persistem, ou não, os motivos determinantes da sua aplicação, podendo substituí-la, se for o caso, por outra medida cautelar.

[...]

§ 2º Se, por qualquer motivo, o reexame não for realizado no prazo devido, a prisão será considerada ilegal.º.

Apesar de ainda não ter sido aprovado o PL nº 8045/2010, a utilização dos parâmetros constantes do referido documento [legislativo] é um norte a se seguir, na medida em que reflete o atual momento de deliberação em torno da matéria pelo Poder Legislativo Brasileiro, de sorte que este Magistrado levará em consideração só prazos fixados nos dispositivos acima citados, a fim de que se tenha uma devida conformação do direito à razoável duração do processo.

No caso em evidência, ainda que se perceba que restaria o prazo de 60 (sessenta) dias para a duração da prisão provisória, já que se trata de imputação com pena máxima superior a 12 (doze) anos, tem-se que o ofício expedido pela Polinter nas fls. 188 já demonstra a grande probabilidade de que o Estado da Bahia descumpra o prazo de 240 (duzentos e quarenta) dias de duração da prisão cautelar, circunstância essa que sinaliza a existência de constrangimento [legal] que macula o ato prisional decretado em desfavor do Requerente,

Sendo assim, RELAXO A PRISÃO de SERGIO AMARAL DO CARMO, pelos motivos acima expostos, devendo o mesmo ser colocado em liberdade imediatamente, salvo se por outro motivo estiver preso.

Expeça-se o competente Alvará de Soltura, devendo a Autoridade cumpridora do Alvará coletar o endereço do Requerente para de comunicação processual.

Advirta-se que o não atendimento por parte do Acusado quanto a novas intimações poderá importar na sua prisão preventiva para fins de garantir a aplicação da lei penal.

Inclua-se o feito em pauta de audiência de instrução para a ocasião mais próxima disponível.

Expeça-se Carta Precatória para o Juízo da Comarca de Cruzeiro, DF, a fim de que seja dado cumprimento ao Alvará de Soltura.

Intime-se a Defesa do acusado para apresentar resposta à acusação, no prazo legal.

Deixo de atender a requisição Ministerial de nomeação dativa para o co-réu



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
Comarca de Itaberaba  
1ª Vara Criminal

Rua Deutor Ornan Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP  
46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail:  
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br  
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

Lucas de Jesus Lima, vez que o presente feito foi desmembrado dos autos  
0000130-76.2013.805.0112, consoante fls. 166/170.

Publique-se, Registre-se, Intime-se, Cumpra-se,  
Itaberaba(BA), 29 de junho de 2017.

Matheus Martins Moitinho  
Juiz de Direito