

**FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**

VINICIUS LANG DOS SANTOS

**O DIREITO CONSTITUCIONAL AO
PRAZO RAZOÁVEL E A DURAÇÃO
DA PRISÃO PREVENTIVA**

**Porto Alegre
2008**

VINICIUS LANG DOS SANTOS

**O DIREITO CONSTITUCIONAL AO PRAZO
RAZOÁVEL E A DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Área de concentração: Sistema Penal e Violência

Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

Porto Alegre

2008

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S237d Santos, Vinicius Lang dos

O Direito constitucional ao prazo razoável e a duração da prisão preventiva. / Vinicius Lang dos Santos. – Porto Alegre, 2008.
136 f.

Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, PUCRS.

Orientação: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli.

1. Direito Processual Penal. 2. Prisão Preventiva.
3. Prazo. 4. Razoabilidade. 5. Tempo. I. Giacomolli, Nereu José. II. Título.

CDD 341.4325

Ficha elaborada pela bibliotecária Cíntia Borges Greff CRB 10/1437

VINICIUS LANG DOS SANTOS

**O DIREITO CONSTITUCIONAL AO PRAZO
RAZOÁVEL E A DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Área de concentração: Sistema Penal e Violência

Aprovada em: 15 de dezembro 2008.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli
PUCRS

Prof. Dr. Aury Lopes Júnior
PUCRS

Prof. Dr. Danilo Knijnik
UNISINOS/UFRGS

*À minha mãe,
Professora de todas as horas!*

AGRADECIMENTOS

A conclusão de uma Dissertação de Mestrado é tarefa que não se faz isoladamente em um mosteiro, de modo que a contribuição de algumas pessoas torna-se essencial para tanto.

Inicialmente, agradeço a orientação sempre pacienciosa e fraternal do Prof. Dr. Nereu José Giacomolli.

Da mesma forma, à Prof^a Ms. Adriana Selau Gonzaga, pela indispensável correção deste trabalho.

Por fim, aos meus familiares, amigos, colegas de Mestrado e de Advocacia; conviver com vocês é, como diria François Ost, um presente do presente.

“Quem teve a idéia de cortar o tempo em fatias a que deu o nome de ano foi um indivíduo genial; industrializou a esperança, fazendo-a funcionar no limite da exaustão. Porque doze meses (subinvenção do inconsciente) dão para qualquer ser humano cansar e entregar os pontos. Aí entra o milagre da renovação e tudo começa outra vez, com outro ano e com outra vontade de acreditar que dali em diante vai ser diferente. Vai? Acredito piamente que sim. Não fosse eu...freguês da esperança”.

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

A prisão preventiva, freqüentemente, é aplicada com a intenção de dar uma rápida e imediata resposta ao crime. No entanto, observa-se, nesse momento, a violação de garantias constitucionalmente estabelecidas, tal como a presunção do estado de inocência. Sob outro aspecto, a concepção e o estudo do tempo, em suas mais diversas manifestações, são fatores determinantes para o estabelecimento da razoabilidade da duração do prazo processual da prisão preventiva. Mais do que a privação do espaço, através da perda da liberdade, o tempo torna-se o verdadeiro significante da pena. “Por quanto tempo?” é a pergunta típica do preso preventivo, que não apresenta ao menos a possibilidade de realizar a contagem regressiva dos dias ou dos meses faltantes para retomar a sua liberdade, causando-lhe graves conseqüências. O não-estabelecimento de um prazo processual à prisão preventiva viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a expressa vedação constitucional à tortura, ao tratamento desumano ou degradante, além de antecipar o juízo condenatório ao acusado. A Emenda Constitucional n. 45, introduzida em 2004, trouxe uma nova perspectiva à temática, qual seja, o julgamento do réu em um prazo razoável e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. O intuito legal foi o de garantir ao indivíduo, que responde a um processo penal, a oportunidade de que saiba exatamente quanto tempo ou o tempo máximo que poderá ficar encarcerado preventivamente. Parte-se da premissa de que deve haver um critério capaz de definir o limite máximo que o acusado poderá ficar preso preventivamente e, seguindo o mandamento constitucional, o encarceramento preventivo deve ocorrer em um prazo razoável. Para tanto, analisa-se quem deve estabelecer esse prazo – se deve passar pelo crivo do Poder Legislativo ou se através de ato discricionário do julgador – e os requisitos que o definam.

Palavras-chave: Processo Penal. Prisão Preventiva. Prazo. Razoabilidade. Tempo.

ABSTRACT

Preventive detention is often used with the intent of providing a fast and immediate response to crime. However, in these moments, a violation to the constitutionally established guarantees can be perceived, like the presumption of innocence, for instance. In a different spectrum, the conception and study of time, in its many manifestations, are determining factors to the establishment of a reasonable duration period for the trialing when the person who's charged with a crime is arrested. More than the space deprivation, through the loss of freedom, time becomes the true meaning of the punishment. "For how long?" is the typical question asked by the detention prisoner who doesn't have at least the possibility of counting the remaining days, or months, before he can regain his freedom, causing, therefore, great consequences. The lack of a duration period for the trialing of those who are imprisoned preventively violates the constitutional principle of human dignity and also the express constitutional prohibition of torture, inhumane or degrading treatment, besides it anticipates the conviction of the offender. The Constitutional amendment number 45, introduced in 2004, brought a new perspective to the theme, that the trial of a defendant must be accomplished in a reasonable period of time, and also with means that guarantee the celerity of the normal course of the legal process. The law's intention was to guarantee to the individual who is suffering criminal charges, the opportunity to acknowledge the exact period of time, or the longest period of time, in which he may be preventively incarcerated. This is based on the premise that there must be a criteria able to define the maximum limit of time that a person charged with a crime can be detent preventively and, according to the constitutional commandment, the preventive detention must occur in a reasonable period of time. Therefore, it is analyzed who should establish this term – if it must be scrutinized by the Legislative Branch or through the judge's discretionary act – and the requirements that define it.

Key words: Penal Process. Preventive Detention. Term. Reasonability. Time.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Prazo razoável na duração da prisão preventiva	112
Tabela 2 - Decisões que determinam a soltura dos acusados no STF	113
Tabela 3 - Prazo razoável na duração da prisão preventiva	113
Tabela 4 - Decisões que determinam a soltura dos acusados no STJ.....	113

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMPO	14
1.1 O TEMPO AO LONGO DA HISTÓRIA	14
1.2 TEMPO SOCIAL EM UMA SOCIEDADE DE CONSUMO	22
1.3 TEMPO NO CÁRCERE	29
1.4 TEMPO NO DIREITO PENAL E NO PROCESSO PENAL	33
2 PRISÃO PREVENTIVA	40
2.1 HÁ CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL NA PRISÃO PREVENTIVA?	42
2.2 <i>FUMUS COMISSI DELICTI</i> E <i>PERICULUM LIBERTATIS</i>	48
2.3 REQUISITOS LEGAIS DA PRISÃO PREVENTIVA	56
2.3.1 Garantia da ordem pública	59
2.3.2 Garantia da ordem econômica	65
2.3.3 Conveniência da instrução criminal	67
2.3.4 Garantia da aplicação da lei penal	69
3 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	73
3.1 DA RAZOABILIDADE DO PRAZO	73
3.2 PRAZO RAZOÁVEL E AS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITO	75
3.3 PRAZO RAZOÁVEL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	79
3.4 RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PENAL	85
3.4.1 Alterações legislativas atinentes à celeridade processual	87
3.5 RAZOÁVEL DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	90
3.5.1 A quem cabe fixar os prazos?	95
3.5.2 Duração da prisão provisória em outras legislações	100
3.5.2.1 Paraguai	100

3.5.2.2 Argentina	101
3.5.2.3 Peru.....	101
3.5.2.4 Itália.....	102
3.5.2.5 Espanha.....	103
3.5.2.6 França	105
3.5.2.7 Alemanha.....	106
3.5.3 O direito à indenização por prisão injusta e/ou irrazoável.....	107
4 CRITÉRIOS UTILIZADOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA DETERMINAÇÃO DO PRAZO RAZOÁVEL NA DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	110
4.1 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS.....	110
4.2 AVALIAÇÃO DOS DADOS.....	111
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	124
REFERÊNCIAS	128

INTRODUÇÃO

A análise das prisões cautelares – não é de hoje – configura-se em inquietante temática na seara processual penal, principalmente pela banalização com que vem sendo utilizada normalmente. A prisão preventiva, como uma das espécies de prisão cautelar, caracteriza-se pelo encarceramento provisório do acusado, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.

Sabemos que, em um Estado Democrático de Direito, a liberdade é a regra, e o direito à liberdade é a justa resistência do indivíduo contra a pretensão punitiva estatal. Sendo assim, o Estado é o titular absoluto do *ius puniendi*, em que é chamado para resolver o conflito e para deslegitimar de uma vez por todas a vingança privada. Contrapondo-se diretamente ao *ius puniendi*, está o *ius libertatis*, inatingível e o maior de todos os bens jurídicos inerentes à pessoa humana.

É em favor da preservação das garantias constitucionais e em prol de um Sistema Judiciário mais humano – principalmente pelo fato de valorizar o direito à liberdade dos outros assim como valorizamos o nosso – que entendemos como pertinente a escolha do tema acerca da reflexão crítica sobre os pressupostos da prisão preventiva em paralelo com o estudo atinente à razoabilidade dos prazos desta medida constritiva de liberdade.

Na presente dissertação, inicialmente, abordamos a concepção e o estudo do tempo, em suas mais diversas manifestações, desde a quebra do paradigma newtoniano por Albert Einstein e por sua Teoria da Relatividade e os seus reflexos no tempo do encarcerado. Para isso, analisamos as implicações do tempo objetivo (aquele do relógio que é igual para todos em todos os lugares do mundo) e o tempo subjetivo, marcado pelo tempo da consciência, o tempo de cada um. Através deste capítulo procuramos enfocar categorias determinantes para o estabelecimento da razoabilidade da duração do prazo processual, sobretudo da prisão preventiva.

Em um segundo momento, buscamos analisar especificamente a modalidade cautelar em foco, desde a sua concepção histórica até a recente e intrincada discussão a respeito de sua conformidade constitucional. Deste modo, ao longo da segunda parte, os princípios constitucionais capazes de reconhecer a necessidade de utilização da medida preventiva são constantemente lembrados. Através do estudo dos princípios da excepcionalidade, do estado de inocência, da motivação das decisões e da proporcionalidade, trava-se importante reflexão

a respeito da finalidade da decisão que poderá vir a ser tomada pelo juiz, com a decretação do encarceramento preventivo.

Em seguida, passa-se à análise dos requisitos legais presentes no Código de Processo Penal, precisamente no artigo 312. Neste momento, observa-se a analogia com a doutrina traçada pelo Processo Civil, quando utilizadas as denominações pertinentes à busca da medida cautelar ou da tutela antecipada, com o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

As hipóteses que derivam do *periculum in mora* ou do *periculum libertatis* (expressão que se considera mais adequada para os efeitos deste estudo), ou seja, a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal, a garantia da aplicação da lei penal e a garantia da ordem econômica serão tratadas em tópicos específicos.

Sabemos que a prisão preventiva, freqüentemente, é aplicada com a intenção de dar uma rápida e imediata resposta ao crime. Observa-se, nesse momento, a violação de garantias constitucionalmente estabelecidas, pois a referida medida antecipa o juízo condenatório, e o preso provisório, que deveria gozar do estado de inocência, é encarcerado por tempo indeterminado, sem os direitos aplicáveis aos acusados já condenados, tais como a saída temporária, a progressão de regime, etc..

Neste sentido, vislumbra-se que a prisão preventiva está sendo empregada como regra e não como *ultima ratio*, acarretando violação à liberdade das pessoas, visto que previamente se prende para depois se buscar uma fundamentação. A presente pesquisa, portanto, visa valorizar o direito à liberdade do cidadão, dentro da concepção de que a prisão é a exceção e a prisão preventiva, a exceção das exceções.

Na terceira parte da dissertação, adentramos na questão do prazo razoável. Hoje tido como princípio positivado na Carta Magna, somente a partir do final dos anos 60 é que o prazo razoável começou a ser efetivamente debatido em âmbito universal, assim como a análise do conceito desse direito fundamental.

No Brasil, foi a Emenda Constitucional n. 45, introduzida em 2004, que trouxe uma nova perspectiva à temática, a saber, o julgamento do réu em um prazo razoável e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. É certo dizer que o Direito possui aplicação em todos os modelos processuais, seja na área penal, cível, trabalhista e administrativa.

De toda sorte, o Direito que ora se analisa apresenta-se como vago, indeterminado e impreciso, portanto acarretando uma problemática: como dar sentido prático a isso? No que se refere à prisão preventiva, reconhecemos que o intuito legal foi o de garantir ao indivíduo (que responde a um processo penal) a oportunidade de que saiba exatamente quanto tempo ou o tempo máximo que poderá ficar encarcerado preventivamente. Embora a produção legislativa

seja constante, sobretudo no Processo Penal, a questão da delimitação prazal do processo e das cautelares ainda se encontra em defasagem frente aos ordenamentos jurídicos estrangeiros, principalmente no que concerne ao tempo da prisão preventiva, objeto deste trabalho.

Parte-se da premissa de que deve haver um critério capaz de definir o limite máximo que o acusado poderá ficar preso preventivamente. E, seguindo o mandamento constitucional, o encarceramento preventivo deve dar-se em um prazo razoável. Para tanto, indaga-se quem deve estabelecer esse prazo – se deve passar pelo crivo do Poder Legislativo, ou através de ato discricionário do julgador – e os requisitos que o definam, superando-se, assim, a questão: por quanto tempo?

O estudo com base no Direito Comparado também ganha destaque nesta parte da monografia, em que se examina a duração das prisões provisórias nos seguintes países: Argentina, Paraguai, Peru, Itália, Espanha, França e Alemanha. Além disso, enfrenta-se também a necessidade de responsabilização civil daquele que causou o descumprimento do prazo, ensejando, desta forma, a devida indenização ao preso.

Por fim, na quarta e última parte do trabalho, investigam-se, através de levantamento de campo de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, os critérios utilizados pelos Ministros na auferição da razoabilidade do lapso temporal máximo do encarceramento preventivo. O intuito é realizar uma tabulação do prazo razoável na duração da prisão preventiva, que, diuturnamente, por não apresentar regulamentação prevista, arrasta-se por meses e por anos e, que, muitas vezes, é desproporcional com a pena prolatada em sede de sentença condenatória. Evitar o sofrimento – que é o cárcere – e a aflição pela espera da resolução rumorosa do Poder Judiciário é o que se deseja superar, reduzindo-se os danos.

1 O TEMPO

“O tempo é isso, a saber, o que é contado no movimento que se dá ao encontro no horizonte do anterior e do posterior”.

Aristóteles

1.1 O TEMPO AO LONGO DA HISTÓRIA

O tempo é a dimensão fundamental de nossa existência, está no centro do pensamento ocidental desde a época pré-socrática, juntamente com o determinismo e com a origem da racionalidade.¹ Hegel já afirmava que a História transcorre no tempo e, por sua vez, o seu desenvolvimento cai no tempo.² Entretanto, embora cientes de que o tempo é curto para ao menos experimentarmos a extensão de nossas promessas frustradas, que, aliás, devora-nos como o tempo-Saturno devorava seus filhos³, de maneira alguma pretendemos, neste estudo, afastar a noção de tempo da realidade, até porque estão diretamente ligados. Como refere Prigogine: “negar o tempo é sempre uma negação da realidade”; para tanto, visamos aqui estudar a evolução da concepção de tempo ao longo dos séculos, nessa discussão que tanto marcou a História do pensamento e a ciência de um modo geral.

Santo Agostinho, já nos primeiros séculos do pensamento medieval, ao enfrentar em Confissões a sua concepção de tempo diretamente ligada a Deus, refletiu: “Tu fizeste todos os tempos e tu és antes de todos os tempos, e não houve tempo algum em que não havia tempo”. Para o filósofo, o que existe é o presente, de modo que não existe agora aquilo que está para vir nem aquilo que passou.⁴

Posteriormente, no início do século XVII, conforme observamos na obra de Franklin Baumer⁵, a crise intelectual do pensamento europeu pôs tudo em dúvida, tanto o macrocosmo como o microcosmo, o corpo político e o próprio conhecimento; aqui, a discussão sobre o

¹ PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**: tempo, caos e as leis da Natureza. São Paulo: Unesp, 1996, p. 13-14, 197.

² HEGEL *apud* HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis; Rio de Janeiro: Vozes e Edusf, 2006, p. 525-529. Para Hegel, o tempo relaciona-se com lugar e movimento. O espaço é tempo, ou seja, o tempo é a vontade do espaço. O ser do tempo é o agora, que simplesmente se oferece na seqüência dos agora. Para ele, o verdadeiro presente é a eternidade.

³ SOUZA, Ricardo Timm de. **O Tempo e a máquina do tempo**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, p. 13.

⁴ SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. Trad. de Arnaldo do Espírito Santo et al. 2.ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004. Livro XI, p. 567.

⁵ BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno**. Séc.: XVII e XVIII. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977a, v.1, p. 52.

tempo ganhou destaque principalmente com Newton e com a sua visão religiosa sobre o Deus bíblico.

Até a época de Galileu, o tempo centrava-se nas comunidades humanas, servindo aos homens, essencialmente como meio de orientação no universo social e como modo de regulação de sua coexistência.⁶ Pode-se dizer que o uso dos relógios, com o objetivo de medir os processos físicos, foi introduzido por Galileu.

Para Heidegger, o sol é que data o tempo, tornando esta sua medida mais natural, ou seja, o dia. O sol em seu curso, através de seu nascente e do seu poente, assim como o meio-dia, são locais privilegiados que aquela estrela ocupa. Com base na interpretação do tempo, o autor afirma que o acontecer da presença é o dia-a-dia. Portanto, o tempo é uma medida pública disponível, que a cada um cabe utilizá-lo. Esse cotidiano necessita de um medidor de tempo, ou seja, o relógio – esse permite, pois, uma leitura direta do tempo. Dizer que horas são significa “quanto tempo é”, pois orientar-se pelo tempo, olhando o relógio, é “dizer-agora”.⁷

Esse agora, analisado por Heidegger, é um ponto fictício em uma série infinita de pontos. Porque o *agora* é o ponto mundano em que estou *sendo*: a atualização de minha realidade. De fato, todo *agora* acha-se encravado em um presente existenciário. O *agora*, desta maneira, terá todo o tempo mundano que exija a apresentação de cada objeto. Deste modo, um breve *agora* é aquilo que necessita o culpado para cometer a sua ilicitude, assim como, um dilatado *agora* é o que enche um processo judicial, desde a demanda até a sua resolução definitiva.⁸

De qualquer modo, Newton nos deu o primeiro modelo matemático para o tempo e para o espaço em seu *Principia Mathematica*, publicado em 1687. No modelo de Newton, tempo e espaço constituíam um pano de fundo em que os eventos ocorriam, porém estes não eram afetados por aqueles. O tempo era distinto do espaço e considerado uma linha única, como se fosse um trilho de trem, infinito, em ambas as direções. O próprio tempo era considerado eterno, no sentido de que sempre tinha existido e de que existiria para sempre.

⁶ ELIAS, Norbert. **Sobre o tempo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 8. “Os relógios são processos físicos que a sociedade padronizou, decompondo-os em seqüências-modelo de recorrência regular, como as horas ou os minutos. Essas seqüências podem ser idênticas em toda a extensão de um país, ou até de vários, quando a evolução da sociedade o exige e o autoriza. Graças a eles, é possível comparar a duração de dois discursos, proferidos um após o outro”.

⁷ “A temporalidade é o fundamento do relógio. Enquanto condição de possibilidade da necessidade fatural do relógio, a temporalidade condiciona, igualmente, a possibilidade de sua descoberta. [...] O uso do instrumento relógio também se funda na temporalidade da presença a qual, juntamente com a abertura do pré, possibilita uma datação do tempo ocupado”. Ver: HEIDEGGER, 2006, *op. cit.*, p. 508-509, 511-512.

⁸ CARNELLI, Lorenzo. **Tempo e Direito**. Trad. de Érico Maciel. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960, p. 68-69.

Em contraposição, a maioria das pessoas acreditava que o universo físico tinha sido criado mais ou menos no estado atual alguns milhares de anos atrás.⁹

No sistema de Newton, o tempo estava subordinado ao espaço, porque as mudanças que ocorriam foram concebidas como tomando lugar em um contexto imutável, sem afetar a realidade material básica. Em outras palavras, o espaço e o tempo podiam considerar-se como atributos de Deus, em que Ele estaria “acima de tudo” e que exerceria o domínio sobre tudo e todos. No entanto, o Deus de Newton parece-se mais com o de Descartes do que se afigura superficialmente.¹⁰

Segundo Descartes, “Deus tem primariamente a função de garantir a máquina do mundo, de lhe dar segurança e confiança”. Para a filosofia cartesiana, depois da criação, Deus continuaria a conservar o mundo e até a recriá-lo, contudo sem a interferência nos processos normais da natureza.¹¹

Todavia, o sucesso das leis de Newton e de outras teorias físicas levaram à idéia de um determinismo científico, expressa pela primeira vez no início do século XIX pelo cientista francês Marquês de Laplace. Esse último afirmou que, se conhecêssemos as posições e as velocidades de todas as partículas do Universo em determinado momento, as leis da Física deveriam permitir que prevíssemos o estado do Universo em qualquer momento do passado ou do futuro. Seria o mesmo que trabalhar com equações matemáticas capazes de prever o comportamento humano, o que por si só não teria muito sucesso.¹²

Assim, observa-se nesse modelo a idéia de que o Universo é regido pelas leis da natureza, as quais se apresentam reversíveis e deterministas, isto é, tem-se aqui o tempo absoluto e universal, igual para todos e em todos os lugares.

À primeira vista, o determinismo pareceria também ameaçado pelo princípio da incerteza, para o qual não podemos medir precisamente a posição e a velocidade de uma partícula ao mesmo tempo. Deste modo, quanto mais exatamente medimos a posição, menos exatamente conseguimos determinar as velocidades e vice-versa. Entretanto, o determinismo foi restaurado de forma modificada em uma nova teoria denominada Mecânica Quântica, que

⁹ HAWKING, Stephen W. **O Universo numa casca de noz**. Trad. de Ivo Korytowski. 6.ed. São Paulo: ARX, 2004, p. 32.

¹⁰ BAUMER, 1977a, *op. cit.*, p. 78, 80.

¹¹ *Ibid.*, p. 95. “Descartes fala da contínua conservação do mundo, e até da perpétua recriação do movimento e do tempo para manter o mundo em funcionamento”.

¹² HAWKING, 2004, *op. cit.*, p. 104.

incorporou o princípio da incerteza.¹³ Nessa última teoria, pode-se, *grosso modo*, prever exatamente metade do que se esperaria de acordo com o ponto de vista clássico de Laplace.¹⁴

Conforme o ensinamento de Baumer, no século XVII, as mudanças ocorriam no tempo, contudo o tempo propriamente dito não mudava, apenas fluía. Nessa época, o “de vir se fundava no ‘ser’ e tinha a sua fonte na plenitude de Deus”.

Em contrapartida, o tempo do final do século XIX estabeleceu um caos produtivo caracterizado, antes de mais nada, pela proliferação de tendências culturais e pelo medo do futuro. A multiplicação de tendências artísticas e literárias, as novas ciências, lançando as bases da Psicanálise, da Teoria da Evolução e os inícios da Física moderna sinalizavam uma convulsão cultural de proporções inusitadas, em que nem mesmo a terra sagrada da Matemática permaneceu incólume aos novos tempos.¹⁵

Tal medo fez com que a cultura européia se visse às voltas com a sua própria insegurança crescente, com a sua insuficiência de sentido. A decadência do poder da Igreja, as conseqüências da Revolução Industrial e a degradação da autoridade real acabaram não oferecendo mais um horizonte de segurança aos indivíduos, que, ao longo de toda História, estes mantinham naquelas instituições a principal fonte norteadora, tornando o homem “abandonado a si mesmo”.¹⁶ Tem-se medo, medo do futuro, da realidade, das circunstâncias da vida, do fim dos sonhos, das incertezas; acima de tudo, o medo de não ter ninguém a quem obedecer, a quem seguir.¹⁷

No século XX, através de Einstein¹⁸ e a Teoria da Relatividade, ganha destaque uma nova concepção do Universo e da Física, em que o tempo passa a ser tratado como algo

¹³ O princípio da incerteza diz que posição e velocidade não podem ser ambas bem definidas.

¹⁴ HAWKING, 2004, *op. cit.*, p. 105-106. Na Mecânica Quântica, uma partícula não possui uma posição ou velocidade bem definida, porém o seu estado pode ser representado pelo que se denomina de função de onda - há apenas um pequeno grau de incerteza na posição da partícula. Deste modo, na teoria quântica, a capacidade de fazer previsões exatas é apenas metade do que era na visão de mundo clássica de Laplace. Contudo, dentro desse sentido restrito, ainda é possível alegar que existe determinismo.

¹⁵ SOUZA, 1998, *op. cit.*, p. 50.

¹⁶ “Todo homem, numa certa medida, governa-se a si mesmo. Todo homem, até certo ponto, está sujeito às coerções geradas pelo convívio com seus semelhantes, pela estrutura e evolução de sua sociedade. A margem de decisão dos homens, sua liberdade, repousa no final das contas em sua possibilidade de controlar, de diversas maneiras, o equilíbrio mais ou menos flexível e, aliás, em perpétua evolução entre as diferentes instâncias de onde provêm as restrições”. Ver: ELIAS, 1998, *op. cit.*, p. 29.

¹⁷ SOUZA, 1998, *op. cit.*, p. 51.

¹⁸ Albert Einstein nasceu em 1879, na cidade de Ulm, Alemanha. Aos cinco anos passou a ser instruído em casa por uma professora. Em 1888 já estava bem adiantado nos estudos. Ele não gostava muito da escola, tanto que não tinha um desempenho adequado em matérias gerais (História, Política, Alemão). Em 1921 Einstein recebeu o Prêmio Nobel de Física, identificado como a Teoria da Relatividade. Em 1933, os nazistas tornaram impossível a permanência dos Einstein na Alemanha: eles migraram para os EUA, fixando residência em Nova Jersey. Morreu em 1955, devido a um ataque fatal. Foi cremado e suas cinzas espalhadas em local desconhecido. PAIS, Abraham. **Einstein viveu aqui**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

relativo, variável conforme a posição e o deslocamento do observador¹⁹, em que não haveria uma simultaneidade absoluta de acontecimentos²⁰. A partir desse enfoque, deixou de ser aceitável o espaço newtoniano demarcado por três dimensões: altura, largura e comprimento. Acrescentou-se, além desses, uma quarta dimensão: o tempo, pois, conforme Albert Einstein, “existem tantos tempos quantos sejam os referenciais inerciais”.²¹

Esse cientista partiu do postulado de que as leis da ciência deveriam parecer iguais para todos os observadores em movimento livre. Em particular, aqueles deveriam medir a mesma velocidade da luz, sem importar o quão rápido estivessem se movendo. A velocidade da luz é independente do movimento daqueles, sendo semelhante em todas as direções. Isso exigiria o abandono da idéia de que existe uma quantidade universal chamada tempo que todos os relógios mediriam. Ao contrário, cada um teria o seu tempo pessoal. Os tempos de duas pessoas coincidiriam se elas estivessem em repouso uma em relação à outra, mas não se estivessem em movimento.²²

Hawking afirma que a nova teoria do espaço-tempo curvo foi denominada de *relatividade geral*, para distinguir-se da teoria original que não falava sobre a gravidade, conhecida agora como *relatividade restrita*. Esta nova teoria, confirmada espetacularmente em 1919, foi uma evidência direta de que espaço e tempo são deformáveis, e isso provocou a maior mudança em nossa percepção do Universo onde vivemos desde que Euclides escreveu os *Elementos da Geometria*, por volta de 300 a.C. Deste modo, a Teoria da Relatividade Geral de Einstein transformou espaço e tempo que eram elementos passivos em que os eventos apenas ocorriam a participantes ativos na dinâmica do Universo.²³

¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 1.

²⁰ BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno**. Séc.: XIX e XX. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977b. v.2, p. 230-231. Leciona o autor que o valor do tempo dos relógios em movimento era inferior ao dos relógios em repouso; dessa forma, poder-se-ia falar agora não de pontos no espaço ou instantes de tempo, mas sim de acontecimentos com dimensões de espaço e de tempo. O espaço perdeu assim o seu caráter estático, por estar associado ao tempo.

²¹ EINSTEIN, Albert **Vida e pensamentos**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 160-162.

²² “Isso foi confirmado por vários experimentos, incluindo um no qual dois relógios de alta precisão viajaram de aviões em direções opostas ao redor do mundo e retornaram mostrando horas ligeiramente diferentes. Porém, a minúscula fração de segundo ganha seria mais do que cancelada pelo efeito das refeições a bordo.” HAWKING, 2004, *op. cit.*, p. 9. Na prática, esses efeitos só são observáveis para velocidades relativas comparáveis a da luz. Esta nova noção não afeta, por exemplo, o açougueiro que quer pesar a carne. Assim como não nos afetará em qualquer outro aspecto de nossas vidas cotidianas, sempre que estejamos livres de um holocausto nuclear. In: PAIS, Abraham. **Einstein viveu aqui**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 65.

²³ HAWKING, 2004, *op. cit.*, p. 19, 21.

Esse último, construído de acordo com as convicções filosóficas de Einstein, era estático e atemporal.²⁴ O referido cientista demonstrou que a representação newtoniana de um tempo único e uniforme, através de toda a extensão do Universo físico, não era sustentável.²⁵

A Teoria da Relatividade de Einstein reconhece que tempo e espaço estão intrinsecamente interligados. Não é possível curvar o espaço sem envolver também o tempo. Assim, o tempo possui uma forma; contudo, ele também parece ter um único sentido. Os objetos nesse espaço-tempo tentam mover-se em linhas retas, mas, como o espaço-tempo é curvo, as suas trajetórias parecem arqueadas. Eles se movem como que afetados por um campo gravitacional. Com efeito, não se pode curvar o espaço sem envolver também o tempo – assim, o tempo possui uma forma.²⁶

A Nova Física, marcada pela Física Quântica²⁷ e pela Teoria da Relatividade, modificou os quadros absolutos de Newton, que agora se tornaram abstratos: não fazia mais sentido falar de um espaço absoluto inerte ou de um tempo absoluto.²⁸ Com a Física Quântica, as leis fundamentais passam a não mais expressar certezas, mas sim possibilidades, superando, desta forma, a Física tradicional, que unia conhecimento completo e certeza, através de condições iniciais apropriadas, garantindo-se, deste modo, a previsibilidade do futuro e a possibilidade de se retrodizer o passado.²⁹

Reconhece-se agora que as noções de passado, presente e futuro estão em constante evolução e expressam a relação que se estabelece entre uma série de mudanças, e a experiência que uma pessoa (ou grupo) têm delas. Nos dizeres de Norbert Elias, as linhas de demarcação entre passado, presente e futuro modificam-se constantemente, porque os próprios sujeitos para quem um dado acontecimento é passado, presente ou futuro se transformam ou são substituídos por outros.³⁰

Por causa disso, a humanidade tem concebido normalmente o tempo como uma cadeia infinita de acontecimentos intimamente imbricados, sem nenhum espaço para a

²⁴ PRIGOGINE, 1996, *op. cit.*, p. 184.

²⁵ ELIAS, 1998, *op. cit.*, p. 35.

²⁶ HAWKING, 2004, *op. cit.*, p. 33-35, 108-109. Em 1905, o conceito de tempo absoluto foi derrubado pela teoria da relatividade restrita, na qual o tempo deixou de ser uma quantidade independente para ser apenas uma direção em um continuum quadridimensional denominado espaço-tempo. Na relatividade restrita, não há nenhum tempo absoluto único que possamos usar para rotular eventos; contudo, o espaço-tempo da relatividade restrita é plano.

²⁷ A teoria quântica permite viagens no tempo em escala microscópica. Ver: *Id.*, 2004, p. 150.

²⁸ BAUMER, 1977b, *op. cit.*, p. 230-231.

²⁹ PRIGOGINE, 1996, *op. cit.*, p. 12-13.

³⁰ ELIAS, 1998, *op. cit.*, p. 63-65.

indeterminação, visto que, da mesma maneira que os acontecimentos tendem a ocorrer como relativamente inesperados, nenhum instante a que o outro sucede é totalmente imprevisto.³¹

Na mesma vertente, conforme observamos em Comte-Sponville³², o tempo não pode nem existir absolutamente, nem deixar de existir absolutamente: ele só existe relativamente. Relativamente a quê? À mudança.

Sobre isso, Wyndham Lewis³³, artista crítico que trabalhou com a idéia de *Espírito do Tempo*, foca o aspecto dinâmico da realidade do século XX, levando as pessoas para uma mobilidade de ação, fazendo-as correr a velocidades cada vez maiores, mas sem metas fixas, já que a realidade era um devir, uma História, um processo dialético sem fim.³⁴

Desde a Revolução Industrial, o tempo acelera vertiginosamente: produzem-se coisas e ganha-se dinheiro em um ritmo nunca visto, de modo que a aceleração do tempo corresponde à precipitação e ao atropelamento dos acontecimentos.³⁵

Podemos verificar que as leis físicas não governam o mundo, o que não significa que esse último seja regido pelo acaso. Em *O fim das certezas*, Ilya Prigogine associa as leis da Física à instabilidade, em que, quer no nível microscópico, quer no macroscópico, os eventos são descritos enquanto possíveis, sem reduzi-los a conseqüências dedutíveis ou previsíveis de leis deterministas.³⁶

Sendo assim, Aury Lopes Jr e Gustavo Henrique Badaró, citando Paul Virilio, afirmam que vivemos em uma sociedade regida pelo tempo, em que a velocidade é a alavanca do mundo contemporâneo. O tempo rege nossa vida pessoal, profissional e o próprio Direito; contudo, esse último só reconhece o tempo do calendário e do relógio, juridicamente objetivado e definitivo, e esquece-se (ou não reconhece) a relatividade e o tempo subjetivo.³⁷

Nas sociedades atuais, o tempo exerce, de acordo com Norbert Elias, “de fora para dentro, sob a forma de relógios e calendários uma coerção que se presta eminentemente para suscitar o desenvolvimento de uma autodisciplina nos indivíduos”. É uma pressão que se pode considerar discreta, desprovida de violência, mas da qual é impossível escapar.³⁸

³¹ SOUZA, 1998, *op. cit.*, p.136.

³² COMTE-SPONVILLE, André. **O ser-tempo**. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 24.

³³ LEWIS *apud* BAUMER, 1977b, *op. cit.*, p. 167. “A nova Modernidade, no entanto, afastou o ser, deixando os homens sem pontos de referência e colocando-os à deriva num mar infinito de devir”.

³⁴ BAUMER, 1977b, *op. cit.*, p. 167.

³⁵ SOUZA, 1998, *op. cit.*, p. 140,149.

³⁶ PRIGOGINE, 1996, *op. cit.*, p. 199.

³⁷ LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2006, *op. cit.*, p. 3, 10.

³⁸ ELIAS, 1998, *op. cit.*, p. 22.

Heidegger, por sua vez, analisa que o tempo já se tornou público nas ocupações, porque somos orientados por ele e de tal maneira que o tempo deve estar, de alguma forma, disponível para todo mundo. É necessário frisar que essa ocupação do tempo acontece através da *contagem do tempo*; própria, pois, da Astronomia ou do calendário.³⁹

A palavra *tempo* designa simbolicamente a relação que um grupo humano estabelece entre dois ou mais processos, um dos quais é padronizado para servir aos outros, como quadro de referência e de padrão de medida. Contudo, os relógios não representam outra coisa senão “contínuos evolutivos” e são padronizados em algumas sociedades para servir de quadro de referência e de escala de medida a outros processos de caráter social ou físico.⁴⁰

Desse entendimento, podemos extrair que tudo o que existe se encontra no fluxo incessante dos acontecimentos: o homem insere-se, assim, no interior desse fluxo, determinando posições, durações de intervalo, velocidades de mudança e outros aspectos.⁴¹

Todavia, transportando o problema à realidade jurídica, sabemos que o tempo é o principal elemento da prisão. Aquele é, pois, medida “com a mesma unidade que se utiliza para medir o tempo social, o tempo comum. Desse modo, a pena é um dos casos em que o Direito subordina o tempo aos fins que almeja”.⁴²

Deste modo, o tempo está diretamente relacionado aos atos da existência humana. Quando dizemos que o tempo “corre” ou “anda”, essas são metáforas relativas ao ser humano: ele não é jamais reconhecido sem lentidão ou sem velocidade, e a sua medida objetiva exige que alguma coisa esteja em movimento e que este movimento seja apreendido por um homem.⁴³

De fato, esta sensibilidade do tempo pelo homem faz com que 10 anos de prisão hoje signifiquem muito mais do que 10 anos na década de 60, tendo em vista que a aceleração social, a velocidade das informações e a tecnologia determinaram uma nova concepção de subjetividade do tempo.

³⁹ HEIDEGGER, 2006, *op. cit.*, p. 506-507.

⁴⁰ ELIAS, 1998, *op. cit.*, p. 22. O autor utiliza a expressão contínuos evolutivos para referir-se a uma continuidade nas transformações que ligam um estágio a outro, segundo uma sucessão ininterrupta.

⁴¹ *Ibid.*, p. 31-32.

⁴² MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 42.

⁴³ BOUTANG, Pierre. **O tempo – ensaio sobre a origem**. Trad. de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro, DIFEL, 2000, p.26.

1.2 TEMPO SOCIAL EM UMA SOCIEDADE DE CONSUMO

De acordo com Maria Lúcia Karam, as últimas décadas do século XX marcaram o início da etapa histórica que, identificada como Pós-Modernidade, se caracteriza por uma inquestionável dominância das formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado.

Para a referida autora, este novo degrau da evolução capitalista traz uma simultânea e crescente incapacidade de solução dos desequilíbrios, e dos problemas gerados por aquele mesmo desenvolvimento excepcional das forças produtivas, aí se destacando a desaceleração do ritmo de crescimento nos centros dinâmicos da Economia mundial e a queda estrutural nos níveis de emprego, a resultar no aprofundamento do processo de desigualdade e de exclusão.⁴⁴

Atrelado a isto, a relativização do tempo “intramuros”,⁴⁵ a dinâmica e a aceleração da sociedade contemporânea são marcadas principalmente pela globalização e pela velocidade de informação.

É notório o reflexo da aceleração da sociedade no campo jurídico, em especial no Processo Penal, face à exigência de uma imediata punição. É que a globalização coloca em destaque a questão da insegurança existencial, que acaba se reduzindo à questão aparentemente direta da *law and order*. Não podemos descuidar do fato de que a globalização também incide sobre a microcriminalidade como criminalidade de massas. Nessa linha de raciocínio, para Silva Sánchez, a aparição no Ocidente de camadas de subproletariado pode acarretar um incremento da delinquência patrimonial de pequena e de média gravidade.⁴⁶

Esse último autor refere que, como consequência da industrialização, produziu-se um movimento maciço de emigração do campo para as cidades. Neste sentido, as vicissitudes do mercado de trabalho contribuíram para que muitos migrantes caíssem na marginalidade e tomassem a criminalidade, principalmente a patrimonial, de forma reiterada.⁴⁷

Na atual etapa de desenvolvimento das formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado – mais especialmente, em formações periféricas como a brasileira – o processo de desigualdade e de exclusão, inerente ao modo de produção capitalista, adquire

⁴⁴ KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETI, Edson (Coord.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 69.

⁴⁵ MOSCONI *apud* LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2006, *op. cit.* “a dinâmica intramuros é completamente desvinculada da vivida extramuros, onde a sociedade atinge um nível absurdo de aceleração, em total contraste com a inércia do apenado. Existe uma clara defasagem entre o tempo social e o tempo do cárcere”.

⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 98.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 98.

dramaticidade acentuada, revelando tendência conducente a afastar largas faixas populacionais do próprio âmbito da organização produtiva.⁴⁸

Sob a ótica de Bauman, o território urbano torna-se o campo de batalha, onde o acesso à segurança é facultado pela capacidade de pagar. Há um isolamento daqueles incapazes de fazer as suas escolhas e de pagar os custos de sua segurança – esses são “postos para fora da cerca”. Por outro lado, há também o isolamento das elites, porém esta classe é quem escolhe isso, pagando por sua segurança, a fim de manter o resto da população afastada, como se estivesse dizendo: “não ultrapasse”.⁴⁹

Ainda se deve dizer que a globalização adquiriu novas faces a partir da última década do século XX, através do complexo panorama das telecomunicações internacionais. Sobre isso, Ruth Gauer informa que as comunidades humanas vivem em diferentes velocidades, com níveis variados de experiência social, lançando-se umas às outras sem aviso ou medição.⁵⁰

Para Ricardo Petrella, “a globalização arrasta as economias para a produção do efêmero, do volátil (por meio de uma redução em massa e universal da durabilidade dos produtos e serviços) e do precário (empregos temporários, flexíveis, de meio expediente)”.⁵¹

Em contrapartida, Maria Lúcia Karam analisa que o desmoronamento das traduções reais do socialismo deu lugar, ainda, à decepção enfraquecedora das utopias e ao abandono de antigos ideais transformadores:

O indispensável repúdio às perversidades totalitárias, que desvirtuam a concretização dos ideais libertários e igualitários, encontrados na raiz do sonho socialista, não conseguiu produzir ensinamentos que ensejassem a reformulada construção de novas utopias emancipadoras. Ao contrário, as utopias e as lutas emancipatórias se viram simplesmente trocadas por desejos mais imediatos de conquista de cargos políticos no aparelho de Estado, por pragmatismo político-eleitorais, que, submersos aos ditames de uma opinião, formada e traduzida por uniformizadores e dominantes órgãos massivos de informação, acabam por fazer com que não mais se diferenciem preocupações, discursos e práticas, quase fazendo acreditar que a contraposição entre direita e esquerda teria mesmo perdido sua razão de ser.⁵²

⁴⁸ KARAM, 2004, *op. cit.*, p. 69.

⁴⁹ BAUMAN, Zigmunt. **Globalização**: as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 28-29.

⁵⁰ GAUER, Ruth Maria Chittó. A ilusão totalizadora e a violência da fragmentação. In: _____. **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 17-18.

⁵¹ PETRELLA *apud* BAUMAN, 1999, *op. cit.*, p. 86.

⁵² KARAM, 2004, *op. cit.*, p. 70.

Desta forma, a indústria atual funciona cada vez mais para a produção de atrações e de tentações. Os bens e os serviços devem despertar desejo: para isso, devem seduzir os possíveis consumidores e afastar os seus competidores. A tentação não pode sobreviver por muito tempo, visto que deve haver espaço para outros objetos de desejo, contribuindo-se, assim, para a incessante corrida atrás dos lucros.

Com efeito, todos os *shopping center's* têm a iluminação, a temperatura e a solidez na medida certa. A sua solidez repousa, mais que sobre a sua colunata, sobre este equilíbrio de medidas: como um templo grego, trata-se da contrapartida exata da desmedida do mundo externo.⁵³ A sociedade que anteriormente, na sua fase industrial, era uma “sociedade de produtores”, hoje, é uma “sociedade de consumidores”, pois “a maneira como a sociedade atual molda seus membros é ditada, acima de tudo, pelo dever de desempenhar o papel de consumidor”.⁵⁴

Há uma estreita ligação entre a carreira espetacular do *agora*, ocasionada pela tecnologia compressora do tempo, presenteísta⁵⁵ ao extremo, e a lógica da Economia orientada para o consumidor, de modo que a satisfação desse último deva ser instantânea.

Sobre isso, a cultura, em uma sociedade de consumo, é atormentada muito mais pelos desejos ainda não-reconhecidos do que a satisfação das necessidades, ou seja, o fim almejado não é a satisfação do desejo, mas, ao contrário, seguir desejando. Deste modo, para o consumidor, torna-se muito mais agradável viajar esperançosamente do que chegar, ou seja, satisfazer.

Nesta perspectiva, Michel Mafessoli introduz a expressão *tempo pontilhista* para justificar essa tendência das ações humanas, através da expressão do sentimento de precariedade e de brevidade da vida, em que a sociedade não quer apenas consumir, mas sim almeja a uma intensa consumação. Sentimento esse que não aceita “adiamentos de gozo”, como uma ação política ou como um projeto profissional, mas que quer tudo e de forma imediata. Sendo assim, buscam-se viver as pequenas liberdades intersticiais, relativas, vividas no dia-a-dia, que não se projetam em um futuro previsível, porém esgotam-se no ato propriamente dito, em uma ética do instante.⁵⁶

⁵³ SOUZA, 1998, *op. cit.*, p. 40.

⁵⁴ BAUMAN, 1999, *op. cit.*, p. 88.

⁵⁵ Há uma desvinculação com o passado e a cultura da sociedade de consumo envolve, sobretudo, o esquecimento, não o aprendizado: “está na natureza das sociedades democráticas esquecer seu passado para renegá-lo a cada geração”. In: OST, François. **O tempo do Direito**. Trad. de Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005, p. 50.

⁵⁶ MAFESSOLI, Michel. **O instante eterno**: o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas. São Paulo: Zouk, 2003, p. 23, 26.

São estes instantes eternos do *tempo pontilhista* que caracterizam o tempo de uma sociedade líquido-moderna de consumidores, que, por sua vez, não é cíclico nem linear. Neste tempo, não há espaço para a idéia de progresso, porquanto cada momento possui as suas potencialidades revolucionárias: a tarefa de cada *praticante da vida* é, pois, organizar os *pontos* dotados de significado, em que a demora se caracteriza por ser o *serial killer* das oportunidades.⁵⁷

Na lição de Paul Virilio, não há mais Revolução Industrial e sim Revolução Dromocrática; não há mais democracia e sim dromocracia; não há mais estratégia, e sim dromologia.⁵⁸ É a velocidade como natureza do progresso dromológico que arruína o progresso, é a permanência da guerra do tempo – toda nova máquina seja logo contraposta a uma outra mais rápida: “Ele freqüentemente se torna obsoleto antes mesmo de ser aproveitado; o produto está literalmente gasto antes de ser usado, ultrapassando assim, na “velocidade”, todo o sistema de lucro da obsolência industrial.” Tem-se, aqui, a “futilidade” de uma riqueza desaparecida na essência do progresso dromológico.⁵⁹

Embora todos estamos condenados à vida de opções, nem todos temos os meios de ser optantes, porque, nem todo mundo pode ser um consumidor. Bauman conceitua como *turista* esses indivíduos capazes de fazer as suas escolhas, que estão em movimento e que são capazes de ir aonde querem. Em contrapartida, há os *vagabundos*, não-dotados de liberdade e que se movem apenas porque estão sendo empurrados.⁶⁰ São os mutantes da evolução pós-moderna, pois esses últimos são o refúgio de um mundo que se dedica ao serviço daqueles.

Por fim, não há turistas sem vagabundos e os turistas não podem ficar à solta se os vagabundos não forem presos.

Entretanto, observa-se a construção de uma nova ordem de trabalho, repleta de monumentos ao poder e à ambição, cedendo espaço, inclusive, ao mercado de trabalho informal; ainda, a complexidade existente nas chamadas “populações marginais” e a sua relação com a criminalidade e com a violência. A respeito disso, a desmedida ampliação do poder do Estado de punir exacerba os danos, os sofrimentos e as dores provocados pelo

⁵⁷ BAUMAN, Zigmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 45-50.

⁵⁸ A Dromologia, termo proveniente do grego *dromos*, é a ciência ou a lógica da velocidade. Baseia-se no fato de que o acontecimento sofre alterações na sua própria estrutura, dependendo da velocidade em que ocorre.

⁵⁹ VIRILIO, Paul. **Velocidade e Política**. Trad. de Celso Mauro Parciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, p. 56-57.

⁶⁰ BAUMAN, 1999, *op. cit.*, p. 100.

sistema penal; além de produzir leis de exceção que vulneram princípios e garantias essenciais ao funcionamento do Estado Democrático de Direito, ameaçam a sua própria subsistência.⁶¹

Diante desse enfoque, reconhece-se que o antigo modelo planejado por Henry Ford que trabalhava com a idéia de “atar seus empregados às empresas Ford de uma vez por todas, fazendo com que o dinheiro gasto em sua preparação e treinamento se pagasse muitas vezes, por toda a duração da vida útil dos trabalhadores”.⁶² Desse modo, o Fordismo funda-se no trabalho em série, em que se prevê que o crescimento dos salários relaciona-se ao aumento da produtividade, ocasionando uma harmônica distribuição dos recursos econômicos, assim como produz um eficiente sistema de seguridade social – cria-se, deste modo, a sensação de bem-estar para a maioria da população.⁶³

A estratégia era ligar indissociadamente capital e trabalho em uma união que nenhum poder humano poderia desatar. Existia, desta maneira, uma “mutualidade de sua dependência”, pois os trabalhadores dependiam do emprego para a sua sobrevivência e o capital dependia de empregá-los para a sua reprodução e para o seu crescimento. No entendimento de Bauman “o Estado era o encarregado de que os capitalistas se mantivessem aptos a comprar trabalho e a poder arcar com seus preços correntes”.⁶⁴

Aquele que tivesse seu primeiro emprego na Ford poderia ter certeza de encerrar sua vida profissional naquele lugar. Essa perspectiva, calcada na idéia de *longo prazo*, interligando os destinos das pessoas que compram trabalho e das pessoas que vendem, estava inseparavelmente entrelaçada pela idéia de um tempo longo. O trabalhador ficava toda a sua vida dentro da empresa; essa, por sua vez, destinava-se a durar além da vida de qualquer pessoa.

Contudo, segundo Iñaki Riveira Beiras, o modelo fordista entrou em declínio através da crise do Estado Social e das transformações econômicas e políticas do contexto internacional dos anos 70 e 80. Iniciava-se o chamado *post-fordismo*, juntamente com o processo de globalização econômica – instaura-se, pois, uma mudança significativa na ordem social do trabalho. Neste momento, o Estado se retira de sua função de garante e de protetor e estabelece o trabalho precário, flexível e instável.⁶⁵

⁶¹ KARAM, 2004, *op. cit.*, p. 72.

⁶² BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 166.

⁶³ RIVEIRA BEIRAS, Iñaki (Org.). La crisis del welfare y sus repercusiones en la cultura política europea. In: **Política Criminal y Sistema Penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas**. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 224. “O eixo do sistema fordista foi o Estado social. Na base de esta forma de Estado estava a denominada “equação keynesiana”: a idéia de que era possível combinar crescimento ilimitado com uma melhor distribuição da riqueza e uma maior equidade social.”

⁶⁴ BAUMAN, 2001, *op. cit.*, p. 166-167.

⁶⁵ RIVEIRA BEIRAS, 2005, *op. cit.*, p. 225.

Como vimos anteriormente, com a realização de um progresso de tipo dromocrático, a Humanidade vai deixar de ser plural; tenderá a cindir-se exclusivamente em povos esperançosos, em que a velocidade é a esperança do Ocidente. Essa nova percepção também desencadeia um processo inverso, de povos desesperançosos, imobilizados pela inferioridade de seus veículos técnicos, vivendo e subsistindo em um mundo finito. Assim, a lógica aproximada do saber/poder é eliminada, cedendo lugar ao poder/mover, isto é, ao exame das tendências, dos fluxos, com o poder nas mãos daquele que possuir o seu controle.⁶⁶

Ocorre que essa situação mudou, e a mentalidade presente é a de *curto prazo*. Não há mais esse horizonte de *longo prazo* traçado pelo capitalismo. A idéia agora é a *flexibilidade*, anunciando o advento do trabalho por contratos de curto prazo ou sem contratos. Com efeito, o trabalho não ostenta mais estabilidade e reside, pois, em um mar de incertezas.

Essa nova mentalidade modificou as relações sociais, de maneira que, na atualidade, aquela se caracteriza pelo individualismo, pela competição, pelo imediatismo, pelo egoísmo, pela ausência de solidariedade no convívio. Tais fatores acabam por favorecer um forte sentimento de incômodo e de insegurança, um medo coletivo difuso, caracteristicamente presente em todas as formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado.⁶⁷

Agora, os trabalhadores deixam de possuir aquela própria identidade coletiva, sem vínculos e passam de cidadãos a consumidores – caso possuam meios para consumir – ou ficarão reduzidos a habitar os espaços da exclusão social. Uma nova sociedade começa a se moldar: é a chamada *sociedade do risco*.⁶⁸

Zigmunt Bauman afirma que a presente versão da Modernidade anuncia o advento de uma nova forma de capitalismo: “leve e flutuante, marcado pelo desengajamento e enfraquecimento dos laços que prendem o capital ao trabalho”.⁶⁹ Para tanto, quanto menos sólida e fluída melhor.

Por outro lado, analisando o perfil da criminalidade e da violência no Brasil, Sérgio Adorno e Fernando Salla admitem que o surgimento acelerado de megacidades, com mais de oito milhões de habitantes e com os seus sistemas policêntricos instituindo zonas de segregação social e espacial, tem sido palco do surgimento de novos padrões de pobreza e de novas formas de desigualdades sociais, em especial desigualdades de direitos, que condenam

⁶⁶ VIRILIO, 1996, *op. cit.*, p. 57.

⁶⁷ KARAM, 2004, *op. cit.*, p. 71. Embora esta não seja a questão principal da abordagem, entendemos importante frisar que a autora utiliza a denominação Pós-Modernidade para classificar o período contemporâneo.

⁶⁸ RIVEIRA BEIRAS, 2005, *op. cit.*, p. 226.

⁶⁹ BAUMAN, 2001, *op. cit.*, p. 171.

parcelas expressivas de populações urbanas de baixa renda à vida social imersa no mundo das ilegalidades.⁷⁰

Desta maneira, o crescimento global do número de presos, a partir das últimas décadas do século XX, coincide com o aprofundamento do processo de desigualdade e de exclusão. A absorção nas prisões dos desempregados, dos excluídos do mercado, parece dar à pena privativa de liberdade uma posição de destaque no enfrentamento da queda estrutural dos níveis de emprego – característica das formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado –, parecendo indicar uma revitalização de seu antigo papel regulador do mercado de trabalho.⁷¹

No Brasil, os estudos de Sérgio Adorno e Fernando Salla revelam que esse cenário sofreu o agravante da crise da segurança pública, que vem se arrastando por décadas. Os crimes cresceram e tornaram-se mais violentos. A criminalidade, tida como organizada, disseminou-se pela sociedade, alcançando atividades econômicas muito além dos tradicionais crimes contra o patrimônio, aumentando as taxas de homicídios, sobretudo entre adolescentes e jovens adultos, e desorganizando modos de vida social e padrões de sociabilidade inter e entre classes sociais. Afirmam os autores que as políticas públicas de segurança permaneceram sendo formuladas e implementadas segundo modelos convencionais, envelhecidos, incapazes de acompanhar a qualidade das mudanças sociais e institucionais operadas no interior da sociedade.⁷²

Em seu estudo intitulado *As prisões da miséria*, Loic Wacquant refere que a entrada na prisão é tipicamente acompanhada pela perda do trabalho e da moradia, bem como da supressão parcial ou total dos benefícios sociais. Esse empobrecimento material súbito afeta a família do detento, afrouxa os vínculos e fragiliza as relações afetivas com os próximos. Em seguida vem uma série de transferências no interior penitenciário que se traduzem em muitos tempos mortos, em confiscações ou em perdas de objetos e de pertences pessoais, além das dificuldades de acesso aos raros recursos do estabelecimento, que são o trabalho, a formação e os lazes coletivos.⁷³

A saída da prisão, neste sentido, assimila um forte enfraquecimento econômico devido às despesas que aquela ocasionou e porque revela brutalmente a miséria que o encarceramento havia temporariamente colocado em suspenso. Ainda, a prisão contribui ativamente para

⁷⁰ ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. **Estudos Avançados**, São Paulo, n. 61, v. 21, set./dez.2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: julho 2008.

⁷¹ KARAM, 2004, *op. cit.*, p. 86.

⁷² ADORNO; SALLA, 2007, *op. cit.*, p. 4.

⁷³ WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Trad. de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 144.

precarizar as magras aquisições de uma boa parte da população carcerária e para consolidar situações provisórias de pobreza. Ocorre que os efeitos pauperizantes do encarceramento não se limitam apenas aos detentos, mas também sua abrangência estende-se bem além dos muros, porque a prisão exporta a penúria, desestabilizando continuamente as famílias e os bairros submetidos a essa reação. De fato, o tratamento carcerário da miséria (re)produz sem cessar as condições de sua própria extensão: quanto mais se encarceram pobres, mais estes têm a certeza, se não ocorrer nenhum imprevisto, de permanecerem pobres por bastante tempo, e, por conseguinte, mais oferecem um alvo cômodo à política de criminalização da miséria. A gestão penal da insegurança social alimenta-se assim de seu próprio fracasso programado.⁷⁴

Eugênio Raúl Zaffaroni aponta para o problema de índole propagandista que, através de seu forte poder, transmite para o povo a realidade de que a violência, associada à repressão, reduziria aquela, quando, na verdade, para o autor, o raciocínio correto está na fórmula: *violência + repressão = + violência*.⁷⁵

1.3 TEMPO NO CÁRCERE

A punição pela prisão possui, na linguagem de Aury Lopes Jr.⁷⁶, um “tempo mumificado pela instituição” em contraste com a dinâmica e com a complexidade do tempo exterior, visto que o “choque não está apenas no tempo subjetivo do apenado e no sofrimento, mas também na inutilidade da pena diante do contraste com o tempo social”.

Neste sentido, o referido autor insere a idéia de relatividade nos discursos jurídicos e o conseqüente sepultamento dos juízos de certeza ou de verdades absolutas, porquanto é a “percepção do tempo completamente distinta para cada um de nós. A verdade absoluta somente poderia ser determinada pela soma de todas as observações relativas”.⁷⁷

Prossegue o raciocínio, ao enfatizar que inevitavelmente o tempo rege nossa vida pessoal, profissional e o próprio Direito.⁷⁸ É importante ressaltar aqui que a mídia destaca-se

⁷⁴ WACQUANT, 2001, *op. cit.*, p. 144-145.

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Os limites do aprisionamento. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, n.3, v.1, p. 51-54, 1988. “Toda intervenção do sistema penal é inevitavelmente violenta, seletiva e estigmatizante”.

⁷⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 100-101.

⁷⁷ *Id.*; LOPES JR.; BADARÓ, 2006, *op. cit.*, p. 1-2.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 3.

neste papel, transmitindo o medo e o pânico à população, que, acostumada ao imediatismo das coisas, ao presenteísmo ao extremo, já não quer mais esperar pelo desvelar do processo.⁷⁹

Sobre isso, as condutas criminalizadas, no entendimento de Maria Lúcia Karam, passam a ser apreendidas através deste espetáculo da realidade, que se torna mais próximo do que a própria realidade, dando àquelas condutas uma dimensão fantasiosa e artificialmente criadora de pânicos e de histerias, alimentadores esses da demanda de maior repressão.⁸⁰

Atualmente, observamos a respeito do Direito Penal uma dupla via de atuação: de um lado, o movimento de superpenalização e, de outro, a mudança do paradigma interno deste ramo, com o abandono dos objetivos de tratamento e de reabilitação do condenado em prol de uma política de gestão de risco criminal, *com forte cheiro do mofo securitário*, de acordo com as palavras de François Ost. Com efeito, o controle penal expande-se e a repressão endurece; o Direito Penal surge como a última expressão da moral comum aos olhos dos indivíduos que se tornaram temerosos, de modo que a proibição reafirmada e sancionada – a saber, o cárcere – parece reforçar os laços sociais e garantir um pouco da segurança perdida.⁸¹

Em um estudo sobre a realidade penal nos Estados Unidos, Loic Wacquant analisa a doutrina da “tolerância zero”, oriunda de Nova York, com o prefeito Giuliani, que alimenta uma difusa sensação de insegurança, de incômodo tenaz e de inconveniência que se propagou através do globo em uma velocidade alucinante. Com ela, tem-se a retórica militar da “guerra” ao crime e da “reconquista” do espaço público, que associa os delinquentes (reais ou imaginários), os sem-teto, os mendigos e outros “marginais” a *invasores estrangeiros*, em alusão à imigração.⁸²

Na Califórnia, como no resto daquele país, o assombroso crescimento do número de presos explica-se, em três quartos, pelo encarceramento dos pequenos delinquentes e, particularmente, dos toxicômanos. Contrariamente ao discurso político e midiático dominante, as prisões americanas estão repletas não de criminosos perigosos e violentos, mas sim de vulgares condenados pelo Direito comum por negócios com drogas, furto, roubo ou por

⁷⁹ François Ost considera que a principal representação do tempo hoje é o presente, símbolo de uma sociedade que perdeu a sua crença na história: “Como se o passado definitivamente volvido, não tivesse mais nada para nos dizer, e o futuro, decididamente demasiado incerto, não pedisse para ser construído desde hoje. [...] Mergulhadas nesta brecha do presente, as nossas sociedades parecem órfãs da História, privadas de duração, voltadas unicamente ao frenesi do instante, condenadas a viver ao ritmo ofegante da actualidade”. Ver: OST, 2005, *op. cit.*, p. 30.

⁸⁰ KARAM, 2004, *op. cit.*, p. 78, 84. A mais relevante função real desempenhada pela pena privativa de liberdade, a permear toda a sua História, está na construção e propagação da imagem do criminoso – visto como o outro, o perigoso, o inimigo, o mau –, com o que se facilita a minimização de condutas e fatos não criminalizados ou não-criminalizáveis socialmente mais danosos, com o que se ocultam os desvios estruturais, encobertos pela crença nos desvios pessoais, dos quais se nutre a reação punitiva.

⁸¹ OST, 2005, *op. cit.*, p. 355-357.

⁸² WACQUANT, 2001, *op. cit.*, p. 30.

simples atentados à ordem pública, em geral oriundos das parcelas precarizadas da classe trabalhadora e, sobretudo, das famílias do subproletariado de cor das cidades atingidas diretamente pela transformação conjunta do trabalho assalariado e da proteção social. De fato, os Estados Unidos claramente optaram pela criminalização da miséria como complemento da generalização da insegurança salarial e social.⁸³

Neste sentido, Ruth Gauer comenta que “vivemos num mundo marcado pela inovação, pela incerteza e pelo desequilíbrio”. É a já denominada aqui sociedade do risco, encabeçada em decorrência de questões de política criminal repressoras, como o Movimento de Lei e Ordem, Tolerância Zero, Direito Penal do Inimigo e a Esquerda Punitiva, todas alimentadas com a ajuda do poder midiático.⁸⁴

A telepresença faz com que o ser torne-se incerto quanto à sua posição no espaço e indeterminado quanto ao seu verdadeiro regime de tempo, defasando a lei que determina que um corpo não pode estar presente no espaço onde há outro corpo. Como conclui Ruth Gauer, essa é, pois, a inércia da natureza relativista.⁸⁵

Relacionando-se a isso, como foi apresentado por Rogério Cruz, o recolhimento cautelar do suspeito a uma cela de delegacia ou de um presídio significa, para a grande massa da população, que: o suspeito é o responsável pelo crime; aquele está sendo punido e a comunidade está mais segura em relação a isso tudo.⁸⁶

Ainda, Ana Messuti assevera que, além do tempo objetivo do Direito, deve acrescentar-se o tempo subjetivo, o tempo da consciência. Isso significa que a pena, quando aplicada ao sujeito, “temporaliza-se”⁸⁷ no tempo de vida do sujeito. Sendo assim, “o tempo da pena é experimentado na consciência do sujeito que a vive”.⁸⁸

Este tempo do consciente, de acordo com Comte-Sponville, não apresenta nem a regularidade, nem a homogeneidade do tempo do mundo ou dos relógios. Nosso tempo – o tempo vivido, o da consciência ou do coração – é múltiplo, heterogêneo, desigual. É por isso que há um tempo para a espera e outro para a saudade, um tempo para a angústia e outro para a nostalgia, um tempo para o sofrimento e outro para o prazer. O tempo, para a consciência, é

⁸³ WACQUANT, 2001, *op. cit.*, p. 83, 151.

⁸⁴ GAUER, Ruth Maria Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo). In: (Org.). **A qualidade do tempo**: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 15.

⁸⁵ *Id.*, 2006, *op. cit.*, p. 18.

⁸⁶ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar** – dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 03.

⁸⁷ Ost defende que o Direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que este determina a força instituinte daquele. Ver: OST, 2005, *op. cit.*, p. 14, 27. O autor ainda afirma que aquele sujeito capaz de impor aos outros componentes temporais a sua construção temporal é o verdadeiro detentor do poder. Trata-se de uma relação de força e de jogos de poder.

⁸⁸ MESSUTI, 2003, *op. cit.*, p. 43.

primeiramente a sucessão do passado, do presente e do futuro. Ora, o passado não existe, uma vez que já não é; nem o futuro, já que ainda não é; quanto ao presente, ou ele se divide em um passado e em um futuro, que não existem, ou não passa de “um ponto de tempo” sem nenhuma “extensão de duração” e, portanto, já não é tempo. “Nada, pois, entre dois nada: o tempo seria essa nadificação perpétua de tudo”.⁸⁹

Além disso, afirma Ana Messuti, referindo que a pena tornou-se um meio de defesa da sociedade e de seus membros, pois, criou-se a expectativa de que manter encarcerado o indivíduo serve para impedi-lo de causar dano à sociedade.⁹⁰

É importante também destacar as interferências que este tempo do consciente exerce sobre a memória⁹¹, porque “as relações mantidas dentro da prisão não o ajudarão a recordar-se de si mesmo, do que era antes que a pena seccionasse o espaço e o tempo”. E ainda: “seu recordar será limitado e empobrecido, pois sua memória ficou à mercê de suas próprias forças”. Para Messuti, a pena é insubstituível, intransferível, única; sobre isso, “ainda que a pena esteja prevista e quantificada, de modo uniforme, objetivo, cada um viverá como própria. Cada um viverá sua própria pena”.⁹²

O tempo objetivo consiste, portanto, em um tempo igual para todos, tanto àqueles que vivem fora dos muros, quanto os que estão atrás dos muros, porém o tempo subjetivo é que se apresenta incompatível. É que o tempo subjetivo não obedece às leis físicas conhecidas, pois nele o tempo e o espaço inexistem. Tempo é algo que não podemos ver, porém o sentimos com intensidade, pois ele governa todas as atividades humanas.⁹³

Relacionado a isso, o tempo da pena “escoa-se em comum com o tempo que transcorre livre da pena – o tempo de vida de um ser humano. E, na medida em que vão se descontando os anos de pena, igualmente vão se descontando os anos de vida”.⁹⁴ Tem-se então que, assim como o espaço, o tempo de pena não corresponde diretamente ao detento, visto que se trata de

⁸⁹ COMTE-SPONVILLE, 2006, *op. cit.*, p. 16-18.

⁹⁰ MESSUTI, 2003, *op. cit.*, p. 46, 53: “A prisão, como resposta ao delito é um elemento imediatamente compreensível do discurso jurídico. Sua primeira função, evidente e indubitável, é a separação. E esta afeta diretamente o sentimento de pertencer à comunidade, dado que exclui da comunidade. Nesse sentido, tem um caráter marcadamente retributivo: a violação da norma que permite a existência da comunidade supõe uma separação voluntária da comunidade e se castiga com a separação forçada da comunidade. Ou seja, quem atenta contra a existência da comunidade, ou quem põe essa existência em perigo, é apartado do convívio comum”.

⁹¹ François Ost trabalha com os paradoxos da memória, ao enfatizar que “em todos os lugares apenas se preocupam com lembrança, salva-guarda, proteção, restauração. Como se uma corrida contra o relógio tivesse se iniciado”. Ost destaca que tudo se passa em um instantâneo saturado de presença e destinado a se perpetuar sempre; além disso, cita Marc Auge, para quem “as sociedades [...] inscrevem-se totalmente no presente”. Ditas sociedades ignoram a memória do que está terminado, uma vez que, precisamente, nada está concluído. Ver: OST, 2005, *op. cit.*, p. 53, 55.

⁹² MESSUTI, 2003, *op. cit.*, p. 44-45.

⁹³ SANCHEZ, Martina. **As seis direções do tempo** (dos Maias a Einstein). Goiânia: IMERY, 1987, p. 80-82.

⁹⁴ MESSUTI, 2003, *op. cit.*, p. 50, 60.

um discurso dirigido à comunidade jurídica (como lembra Messuti), onde essa fixa a duração da pena, tendo em conta o seu próprio tempo e não o do sujeito, que é mero veículo de mensagem.

Não obstante, o homem de carne e osso perde a sua verdadeira dimensão temporal, ao ingressar no espaço da pena, na prisão; assumindo-a. A respeito disso, o Direito assume um universo próprio, marcado pela necessidade de transmitir um discurso persuasivo, de modo a medir e a utilizar o tempo de acordo com os seus próprios interesses e finalidades. No entendimento de Ana Messuti, a elaboração de seu próprio universo retrata o reconhecimento da impotência do Direito.⁹⁵

A Justiça Penal, no entendimento de Ost, só é eficaz se temos um futuro e um objetivo. Com efeito, a falta de um Estado Social e a emergência da sociedade do risco ocupam, hoje em dia, o primeiro plano da cena: é uma segurança imediata que é reclamada e não a redução da criminalidade a longo prazo. Assim, deixam-se de lado as esperanças no tratamento e na reabilitação, para se assumir a desconfiança expressa no risco penal, em que as autoridades devem garantir a segurança através de meios que gerem a incapacitação, alongando-se as penas e reduzindo-se as liberdades condicionais.⁹⁶

Por fim, conforme ensinamento de Ricardo Timm de Souza, resta como forma de escapar a esta maldição da máquina do tempo submeter esse último a algo mais profundo do que o próprio: fundar, através de um encontro com o novo, com o diferente, a possibilidade de um novo tempo, de uma temporalidade e talvez de uma eternidade verdadeira.⁹⁷

1.4 TEMPO NO DIREITO PENAL E NO PROCESSO PENAL

Sabemos que o tempo cronométrico, como denomina Carnelli, ou o tempo dos relógios não são o verdadeiro tempo, senão, apenas, modos ou formas diversas de calculá-lo na esfera das coisas e dos fatos. Não podem ser considerados como tempo jurídico, porque o Direito desenvolve de forma própria a sua “ação no tempo”. Inicialmente o Direito, através do decurso do tempo, sem a intervenção de nenhum fato positivo ou negativo do homem, faz adquirir ou perder determinados direitos, como, por exemplo, a aquisição da Maioridade

⁹⁵ MESSUTI, 2003, *op. cit.*, p. 61.

⁹⁶ OST, 2005, *op. cit.*, p. 359.

⁹⁷ SOUZA, 1998, *op. cit.*, p.162.

Penal. Posteriormente, esse decurso temporal, ligado a um fato humano, pode fazer com que se adquira ou com que se percam certos direitos, entre eles, a prescrição, a perempção, os termos legais, judiciais ou convencionais.⁹⁸

Analisando o tempo no Direito Penal, Daniel Pastor ressalta a importância da distância temporal entre o fato punível e sua sanção em relação com os fins da pena e a influência do passar do tempo para a vigência do Direito Penal.⁹⁹

É importante recordar que, mesmo durante toda a Idade Média, analisa Ferrajoli, a função da reclusão carcerária foi precipuamente cautelar, isto é, de prender os imputados durante o tempo necessário para o processo, com o fim de confiá-los à Justiça e de impedir a sua fuga, assegurando, desta forma, um ulterior caráter de pena moderna: a proporcionalidade das penas à gravidade dos delitos.¹⁰⁰

Desde o século XVIII, Cesare Beccaria sustentou que quanto mais rápida fosse a pena e mais próxima do crime cometido, tanto mais justa e tanto mais útil aquela seria. Para o referido autor, a pena seria mais justa, porque essa poupa o réu dos tormentos cruéis e inúteis da incerteza, que crescem com o vigor da imaginação e com o sentimento da própria fraqueza; ainda, seria mais justa, porque a privação da liberdade, sendo uma pena, só através dela poderia preceder a sentença quando a necessidade assim o exigisse. O cárcere seria, neste sentido, a simples guarda de um cidadão até que esse fosse considerado culpado; sendo essa restrição essencialmente penosa, deveria durar, pois, o menor tempo possível e ser também a menos dura possível.¹⁰¹

Com efeito, a prontidão da pena é mais útil, enquanto mais curta for a distância do tempo que se passa entre o delito e a pena, tanto mais forte e mais durável é, no espírito humano, a associação dessas duas idéias, delito e pena, de tal modo que, insensivelmente, considera-se uma como causa e a outra como consequência, necessária e fatal.¹⁰²

Da mais alta importância, aqui, é a proximidade entre o delito e a pena. A longa demora só produz o efeito de dissociar cada vez mais essas duas idéias e, também, de causar uma impressão de que o castigo de um delito seja menor que o de um espetáculo. Isso só

⁹⁸ CARNELLI, 1960, *op. cit.*, p. 141.

⁹⁹ PASTOR, Daniel R. **El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho**: una investigación acerca de la excesiva duración del Proceso Penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: AdHoc, 2002, p. 82.

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 359, 361.

¹⁰¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3.ed. rev. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 59.

¹⁰² BECCARIA, *loc. cit.*

acontecerá após se ter enfraquecido nos espectadores o horror de um certo delito em particular, que serviria para reforçar o sentimento da pena.¹⁰³

Nessa perspectiva, o Direito passa a ser um discurso que tende a dizer (e a instituir) o sentido e o valor da vida em sociedade e não mais um contribuinte das proibições e das sanções, como se pensava anteriormente. François Ost avalia que instituir significa atar o laço social e oferecer aos indivíduos as marcas necessárias para a sua identidade e para a sua autonomia. Sua capacidade de instituição revela, mais do que nunca, sua violência sempre ameaçadora.¹⁰⁴

Deve-se frisar que existe um trabalho mútuo entre o Direito e o tempo, pois este não permanece exterior à matéria jurídica e aquele não se limita a impor ao calendário alguns prazos normativos: é desde o interior que Direito e tempo se relacionam mutuamente.¹⁰⁵

Neste sentido, Lorenzo Carnelli¹⁰⁶ refere:

Aquele que mede a duração de um processo jurisdicional, ou o termo necessário a uma prescrição, ou o que tarda o juiz em pronunciar-se sobre uma causa, computando-os em horas, dias e anos, não pensa estritamente em nenhum Tempo nem tempo, senão, apenas, nas proporções que ganham os acontecimentos ao fazerem-se presentes. São apenas medidas temporais. O que vale temporalmente é o medido, não a medida resultante; e o medido é, aqui, uma conduta que se objetiva sob a forma e as condições que a esse respeito previu a lei.

Sendo assim, o Direito Penal e o Processo Penal cumprem a sua função, atuando no tempo, dado que o conteúdo de exemplaridade insito em qualquer pena se encontra intimamente unido ao tempo transcorrido para impô-la, pois esse tempo distancia e obscurece a razão do castigo. Com efeito, a celeridade na resolução dos processos é de interesse da opinião pública que exige uma rápida punição, especialmente em relação às infrações mais graves.¹⁰⁷

Qualquer que seja a finalidade assinalada à previsão das penas, a sua aplicação e a sua execução, com o passar do tempo, influem também em suas funções, visto que, de alguma maneira, toma o seu lugar.¹⁰⁸

¹⁰³ BECCARIA, 2006, *op. cit.*, p. 60.

¹⁰⁴ OST, 2005, *op. cit.*, p. 13: “O direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que, em troca, o tempo determina a força instituinte do Direito. O Direito temporaliza, ao passo que o tempo institui”.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 14.

¹⁰⁶ CARNELLI, 1960, *op. cit.*, p. 142.

¹⁰⁷ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 85.

Desta forma, Daniel Pastor verifica a conexão íntima, tautológica e nominativa entre tempo e pena: a pena é tempo e o tempo é pena. O Direito Penal castiga em unidades de tempo, mas também permite que o tempo seja um substituto da própria pena. No primeiro caso, a necessidade da pena determina o seu tempo de duração. No segundo, o passar do tempo a substitui: um, é o tempo do castigo; o outro, o do esquecimento e o da prescrição.¹⁰⁹

Além disso, como foi referido acima, através do escoamento do tempo, alguns efeitos podem ocorrer, como, por exemplo, a aquisição da maioridade, além da decadência, da perempção, da prescrição, que afetam diretamente o processo e as condições da ação.

O tempo assume, pois, no Direito Penal moderno o papel de “equivalente geral” na determinação convencional da gravidade dos delitos segundo o “valor” por eles lesionado. As penas privativas de liberdade, ainda que concebíveis como “equivalentes gerais”, não se impõem em razão de uma “troca de equivalentes”, senão contra a vontade do condenado para prevenir os males maiores que adviriam das repressões informais e da repetição de delitos análogos.¹¹⁰

Possuidor de um caráter regulatório do poder social, o Direito deve reconhecer também outras ficções que servem à função de limitar a arbitrariedade e o abuso desse poder, ao que não pode suprimir: a existência de um contrato inverossímil entre o Estado e o indivíduo, uma igualdade antinatural de todos os seres humanos, a liberdade de decisão, uma dignidade imaterial e metafísica que afeta as pessoas.¹¹¹

Contudo, é precisamente no processo que a relação entre tempo e Direito fica mais estreita, até o ponto em que ambos os conceitos se confundem. A própria representação do conceito de processo sugere a idéia de tempo como componente principal. A voz latina *processus* (avanço, ação de avançar) designa uma seqüência progressiva no tempo e, portanto, uma sucessão de tempos.¹¹²

De fato, o tempo está presente de forma constante na atividade processual penal. O *iter* do processo transcorre no tempo e estrutura-se em fases e graus que, por desenvolver-se no tempo, tem estabelecido os prazos para sua duração. A lei processual fixa o tempo em que

¹⁰⁹ PASTOR, *loc. cit.* “*En reconocimiento del sentimiento humano del olvido, el derecho, que es un instrumento del poder de los hombres, no de los dioses, no puede más que reconocer las percepciones de éstos. El derecho, como regulación de las relaciones de poder entre las personas, sólo es posible, por definición, en una sociedad. En ese contexto, el poder artificial del Estado debe reconocer el poder de hecho que tiene el tiempo y los seres humanos entienden por él y sienten y sufren por su transcurso*”.

¹¹⁰ FERRAJOLI, 2006, *op. cit.*, p. 361.

¹¹¹ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 86. “*Otra fantasía necesaria que a ley establece, p.ej., el instante exacto en que una persona, a los efectos de la imputabilidad penal, pasa de la inmadurez absoluta a la capacidad de delinquir, por el solo hecho de haber culminado otro año completo de vida*”.

¹¹² *Id.*, 2002, *op. cit.*, p. 87.

cada ato deva ser realizado para ser eficaz e, por outro lado, põe contornos temporais na prolongação da atividade processual e impede, salvo exceções, a regressão do processo.¹¹³

Para François Ost, o tempo do processo oferece uma aproximação do tempo mobilizado pela operação da norma jurídica. Em outras palavras, é o tempo separado daquele da vida real, estritamente regulamentado pelas prescrições do ritual, que permite ao julgamento desenvolver os seus efeitos instituintes: os jurídicos (condenação ou absolvição) e os sociais (o apaziguamento do conflito pelo mecanismo da prisão). De acordo com o referido autor,

ao redramatizar em seu tempo próprio a cena do conflito, ao representar o crime em formas e em uma linguagem socializada, o processo não se limita a repetir o passado; ao redizê-lo, antes, ele o regenera. Um tempo neguentrópico e criador revela-se, assim, a condição do retorno à paz social.¹¹⁴

É necessário destacar agora que a indeterminação da duração dos juízos penais cultiva nos cidadãos uma situação dupla, traduzida na certeza de uma injustiça, porque os acusados são culpados e, então, devem ser castigados tempestivamente, ou são inocentes e devem ser liberados de toda suspeita tão logo seja possível.¹¹⁵

É importante também recordar que a regra da Comissão Americana de Direitos do Homem, em seu artigo 8.2.c, ao mesmo tempo em que exige que ao imputado seja outorgado tempo para o exercício eficaz de sua defesa, preceitua a orientação a ser seguida: em caso de controvérsia, o tempo está a favor do acusado. Em decorrência disso, a lesão ao princípio da celeridade em prejuízo ao acusado conduz indubitavelmente à desclassificação da persecução penal.¹¹⁶

O processo que se arrasta aparenta-se como uma denegação de Justiça, entretanto não se pode esquecer que o prazo razoável no qual a Justiça deve ser feita entende-se também pela recusa de um processo demasiado expedito, uma vez que o processo deve dar suas chances à dúvida e institucionalizar a prudência e o debate.¹¹⁷

Desta forma, reconhece-se aqui que o conjunto de garantias judiciais dos direitos fundamentais do acusado necessita de um adequado espaço temporal para o seu exercício efetivo. O direito à defesa, à prova, à revisão das decisões é impensável se o processo se

¹¹³ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 88.

¹¹⁴ OST, 2005, *op. cit.*, p. 14: “O tempo criador neguentrópico é marcado por esse ritmo feito de ligação e desligamento, de continuidade e ruptura”.

¹¹⁵ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 89.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 89.

¹¹⁷ OST, 2005, *op. cit.*, p. 89.

desenvolver em âmbitos temporais reduzidos. Aqui reside um choque entre o princípio da prontidão da pena, que requer a urgência na decisão dos casos, com os princípios que asseguram os direitos do acusado, que necessita de tempo para a utilização de todas as suas faculdades.¹¹⁸

A necessidade de se estabelecer um justo equilíbrio para o tempo do processo, para a pulsação deste ritmo, conduz-nos à idéia de temperança, isto é, à sabedoria do tempo, à justa medida de seu desenrolar, à mistura harmoniosa de seus componentes, à justa dosagem, à garantia do equilíbrio nas relações sociais.¹¹⁹

A incerteza de um processo indefinido afeta indevidamente a estabilidade emocional do acusado e de seu círculo de relações sociais, já que a indeterminada duração do processo constitui-se em uma aplicação antecipada da pena privativa de liberdade nos casos de utilização da prisão provisória, naquele que goza da presunção de inocência.¹²⁰

Os direitos fundamentais da pessoa perseguida penalmente requerem um tempo mínimo de duração do procedimento que assegure suas garantias judiciais. Com efeito, uma duração que supere esta necessidade jurídica básica constitui afetação intolerável aos direitos do acusado.

Quando se trata de acusado encarcerado, o tempo de recolhimento só pode ser o estritamente indispensável, quer para impedir a fuga, quer para que não sejam escondidas as provas do delito. O próprio processo deve ser concluído no mais breve tempo possível e de maneira eficaz.¹²¹

É certo que razões próprias da estrutura processual podem justificar o atraso da resolução do caso, contudo isso só pode ocorrer em situações extremas, de vasta complexidade – de maneira alguma pode caracterizar-se como habitual.¹²²

Portanto, para que o Processo Penal seja rápido e eficaz como toleram as garantias do imputado, é preciso não somente organizar os tribunais adequadamente, em função das disposições das leis penais e processuais, mas também é necessário que estas regulações estejam previstas, levando-se em consideração a estrutura judicial existente ou possível. Como refere Daniel Pastor, não é o aumento de pessoal a solução da questão de ineficácia

¹¹⁸ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 90.

¹¹⁹ OST, 2005, *op. cit.*, p. 17.

¹²⁰ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 90.

¹²¹ BECCARIA, 2006, *op. cit.*, p. 59.

¹²² PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 92.

temporal da Justiça Penal, mas sim a redução de condutas penalmente proibidas e o estabelecimento de mecanismos rígidos que evitem a repetição do problema no futuro.¹²³

Isso não significa que estas condutas não sejam apreciadas por outra área que não a penal, pois buscar alternativas à Justiça Penal (e não meramente sanções alternativas), ou seja, alternativas ao próprio Processo Penal pode ser uma saída para minimizar a demora judicial.¹²⁴

À guisa de conclusão, nos capítulos seguintes serão analisadas essas considerações sobre o direito de o acusado ser julgado penalmente dentro de um prazo razoável. Isso contribui para que haja, além de um descongestionamento consciente da Administração da Justiça, o encerramento dos procedimentos penais, de alguma maneira, em prazos aceitáveis. Isso fomentará a formulação de regulamentações mais racionais e eficientes, medidas estas que, nos dias de hoje, são ignoradas por falta de efetividade do sistema, recaindo sobre o indivíduo, réu em um Processo Penal, o ônus de suportar a demora. Situação essa que pode tornar-se ainda pior em caso de aplicação antecipada do castigo, através de uma utilização abusiva da prisão preventiva.

¹²³ PASTOR, *loc. cit.*

¹²⁴ HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. In: PASSETI, Edsno (Coord.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 52-53.

2 PRISÃO PREVENTIVA

“O combate com o verdadeiro, assim como o combate com o belo, está sempre prestes a recomeçar, porque jamais foi ganho”.

François Ost

Considerada a mais genuína das formas de prisão cautelar, a prisão preventiva pode ser caracterizada como toda e qualquer prisão decretada antes da condenação. Podemos verificar que em seu próprio *nomen juris* está expressa a função cautelar dessa forma de custódia, a qual se destina a prevenir a execução da pena, uma vez que só é imposta ou decretada quando for provável a condenação do réu, conforme se observa na lição de Frederico Marques.¹²⁵ Medida coercitiva, ela se enquadra na *potestas coercendi* que possui o magistrado criminal não só sobre as coisas, mas também sobre as pessoas.

Em princípio, a medida cautelar afeta quase todos os direitos fundamentais da pessoa humana. Além da liberdade pessoal e da presunção de inocência, aquela incide também na igualdade e no estigma que a passagem pela prisão significa para uma pessoa, convertendo-a em desigual ante a sociedade.¹²⁶

Pode-se dizer que é uma tutela cautelar que incide sobre os direitos fundamentais do homem, naquilo que ele tem de mais sagrado: a sua liberdade. No entendimento de Valdir Sznick, desde logo, surge o contraste entre o poder do Estado na manutenção da ordem jurídica, de um lado, e o respeito à liberdade individual, do outro.¹²⁷ Para José María Rico, a instituição da prisão preventiva constitui um dos mais claros e graves exemplos de intromissão do poder estatal na esfera da liberdade do indivíduo, sem que se preceda a uma sentença judicial justificada com base no delito em questão.¹²⁸

A custódia preventiva do imputado justifica-se pela necessidade de assegurar a pessoa para o processo, de modo que tal necessidade é presumida pela lei, através de ordem de prisão decretada pelo juiz. Até mesmo Vincenzo Manzini já referia que, em caso de a lei deixar ao

¹²⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v.4, p. 43-44.

¹²⁶ SANGUINÉ, Odone. **Prisión provisional y Derechos Fundamentales**. Valência: Tirant lo Blanch, 2003, p. 73.

¹²⁷ SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. São Paulo: Leud, 1994, p. 285.

¹²⁸ RICO, José María. **Justicia Penal y transición democrática en América Latina**. Cidade do México: Siglo Veintiuno Editores, 1997, p. 260.

arbítrio do julgador aquela matéria, deve este inspirar-se no critério da necessidade, respeitando, deste modo, as garantias constitucionais admitidas para a liberdade pessoal.¹²⁹ Este instituto não é pena, nem possui quaisquer das suas características, ainda que produza o efeito de privar o indivíduo de sua liberdade pessoal.

A chave do problema consiste em lograr um ponto de equilíbrio, que irá se concretizando através do desenvolvimento legislativo, tanto em suas garantias como em seus limites. Sobre isso, convém dizer que a Constituição determina os parâmetros de constitucionalidade das leis – portanto, é a lei que deve ser interpretada conforme a Constituição e não a Constituição conforme a lei.

A prisão preventiva, embora cerceando o direito à liberdade, reconhecido e protegido pela Constituição Federal, é justificada como uma necessidade para se assegurar o império efetivo do Direito Penal (*lato sensu*). Alguns autores – como, por exemplo, Luigi Ferrajoli – trabalham com a idéia de abolição da prisão preventiva, com o intuito de evitar lesão ao princípio que garante a todos o estado de inocência; além disso, fazem referência ao perigo que representa o encarceramento de cidadãos não reconhecidamente culpados junto a réus condenados.

Luigi Ferrajoli defende um processo sem prisão preventiva, uma vez que a medida apresenta-se para o autor como contradição por antecipar-se a uma sentença definitiva. Segue o autor afirmando que o imputado deve comparecer livre perante seus juízes, não só para que lhe seja assegurada a dignidade de cidadão presumido inocente, mas também por necessidade processual: para que ele esteja em pé de igualdade com a acusação; para que, depois do interrogatório e antes da audiência definitiva, possa organizar eficazmente sua defesa; para que a acusação não esteja em condições de trapacear no jogo, construindo acusações e deteriorando provas pelas suas costas.¹³⁰

Entretanto, Ferrajoli não esconde que a sua proposta pode parecer, a curto prazo, uma utopia ou, em suas próprias palavras, uma quimera. O maior obstáculo seria a resistência das culturas conservadoras, com argumentos para defender a prisão preventiva, baseados no clamor social, visando à punição imediata, mesmo sem julgamento. Uma parte da opinião pública seguramente associa finalidades diretamente repressivas à prisão preventiva. Contudo, essa idéia primordial do bode expiatório é justamente uma daquelas contra a qual nasceu aquele delicado mecanismo que é o Processo Penal, que não serve para proteger a maioria,

¹²⁹ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Trad. de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 629.

¹³⁰ FERRAJOLI, 2006, *op. cit.*, p. 515.

mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, embora suspeitos, não podem ser tidos como culpados sem provas.¹³¹

Apesar de tudo, partilhamos do entendimento de Odone Sanguiné, para quem a instituição da prisão preventiva deve ser mantida, de modo que o seu fundamento constitucional se apóia no princípio da necessidade dos Poderes Públicos de adotarem as medidas *indispensáveis, adequadas e suficientes* ao caso concreto, para assegurar uma persecução penal eficaz no Processo Penal, logicamente dentro dos rigorosos limites indicados pelos direitos fundamentais.¹³²

Além disso, a instituição da prisão provisória situa-se entre o dever estatal de perseguir eficazmente o delito, por um lado, e o dever estatal de assegurar o direito à liberdade do cidadão, por outro.¹³³ Todavia, para Carlo Del Pozzo, a custódia preventiva consiste, substancialmente, em um meio de tutela processual para o desenvolvimento útil da função do Processo Penal; ainda, caracteriza-se pela instrumentalidade e pela natureza provisória, devendo ser utilizada somente em casos de urgência.¹³⁴

2.1 A NECESSIDADE CONSTITUCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA

Em situação caótica, o sistema prisional brasileiro vive uma realidade dramática. Com dados extraídos do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen)¹³⁵ – órgão do Ministério da Justiça – , foi possível verificar em dezembro de 2007 um total de 127.562 presos provisórios, em um universo que estabelece, no Brasil, uma população carcerária de 422.590 pessoas (em estabelecimentos estaduais, federais e na Polícia). Tais referências demonstram o excessivo apego à clausura cautelar e, conseqüentemente acarretam a banalização do princípio que assegura a todos o estado de inocência.

Entretanto, o instituto da prisão provisória criou o seu discurso justificador, que deve ser submetido a uma crítica atual sobre a sua manutenção, transformação ou, inclusive, abolição.

¹³¹ FERRAJOLI, 2006, *op. cit.*, p. 516.

¹³² SANGUINÉ, 2003, *op.cit.*, p. 54.

¹³³ MARTÍNEZ, Sara Aragonese. Las medidas cautelares. In: SANTOS, Andrés de La Oliva et al. **Derecho Procesal Penal**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 422.

¹³⁴ DEL POZZO, Carlo Umberto. **La liberta personale nel Processo Penale italiano**. Torino: Utet, 1962, p. 100.

¹³⁵ No estado do Rio Grande do Sul, frente aos dados do InfoPen de dezembro de 2007, os número beiram à casa de 5.695 presos provisórios. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: mar. 2008.

A doutrina tradicional¹³⁶, em todas as épocas, tem recorrido ao argumento da *necessidade*, sem maiores profundidades, para justificar a prisão provisória. O núcleo do problema não é tanto a existência como tal dessa última, mas sim o estabelecimento de limites em sua regulação positiva de acordo com os direitos constitucionais, para prevenir abusos e para impedir um alcance injusto para a liberdade ou para a segurança da pessoa.¹³⁷

É importante registrar aqui que Giovanni Leone já se referia a este critério como impreciso, pois a doutrina empregava os mais variados fundamentos para a justificação da prisão preventiva. Em outras palavras, a necessidade de assegurar a pessoa do acusado para o processo, a necessidade de preservar o acusado como fonte de prova, a necessidade de impedir que o acusado pudesse influenciar a coleta probatória, a garantia do resultado do processo, a necessidade de defesa social proporcional à gravidade do delito e a periculosidade do acusado, entre outras.¹³⁸

Sobre isso, Beccaria admite que todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é *tirânico*. Para o referido autor, este é o fundamento sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares.¹³⁹

Para Silvia Barona Vilar, não se pode ignorar a prisão preventiva, uma vez que todos os ordenamentos jurídicos, sendo eles progressistas ou conservadores, capitalistas ou socialistas, de todas as épocas, sempre previram e estabeleceram a prisão provisória.¹⁴⁰

Por outro lado, pregando a idéia de abolição, Ferrajoli sustenta que a prisão preventiva é uma instituição que viola os princípios de um Direito Penal garantista. Tal instituto é “ilegítimo e inadmissível, porque vulnera a presunção de inocência”; pois não a inocência, mas sim a culpabilidade é que deve ser demonstrada; é uma pena, ainda quando não seja

¹³⁶ No caso brasileiro, podemos citar: Fernando da Costa Tourinho Filho, Julio Fabrini Mirabete, Alberto Silva Franco, Luis Flávio Gomes, entre outros.

¹³⁷ SANGUINÉ, 2003, *op. cit.*, p. 49-50.

¹³⁸ LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, p. 259-260.

¹³⁹ BECCARIA, 2006, *op. cit.*, p. 21-22. No capítulo que trata da origem das penas, Cesare Beccaria doutrina que as “leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranqüilidade. A soma de todas essas porções de liberdades, sacrificadas ao bem da cada um, forma a soberania de uma nação e o Soberano é seu legítimo depositário e administrador. A experiência mostrou que a multidão não adota princípios estáveis de conduta, nem se afasta do princípio universal de dissolução no universo físico e moral, senão por motivos que imediatamente afetam os sentidos e que sobem à mente para contrabalançar as fortes impressões das paixões parciais que se opõem ao bem universal”.

¹⁴⁰ BARONA VILAR, Silvia. **Prisión provisional y medidas alternativas**. Barcelona: Libreria Bosch, 1988, p. 15.

denominada assim, “sem juízo”; além disso, o direito à liberdade, ao qual se vê ameaçado não somente pelo cometimento de delitos, mas também pela imposição de castigos arbitrários.¹⁴¹

Luigi Ferrajoli também refere que a própria aceitação da prisão *ante judicium*, quaisquer que sejam os fins a buscar, “*contradice la base del principio de jurisdiccionalidad*”. Isso significa que não consiste em poder ser preso somente por ordem do juiz, mas sim na possibilidade de sê-lo somente com base em um julgamento. Mais do que nunca, toda prisão sem processo ofende o sentimento comum de Justiça, sendo aquele reconhecido como um ato de força e de arbítrio. Não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos Poderes Públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no Direito quanto o encarceramento de um cidadão, por anos, às vezes, sem processo. Não é um raciocínio válido dizer que o cárcere preventivo não contradiz o princípio *nulla poena sine iudicio* – ou seja a submissão à jurisdição em seu sentido mais lato –, pois não se trata de uma pena, mas sim de outra coisa: medida cautelar, ou processual, ou, seja como for, não-penal. Ainda sobre isso, assevera o referido autor: “*Con tal fraude de etiquetas queda resuelta la función de tutela del derecho penal y el rol mismo de la pena como medida punitiva exclusiva, alternativa a otras seguramente más eficaces, pero no igualmente garantizadoras*”.¹⁴²

No entendimento de Ferrajoli, a pergunta que devemos suscitar é então se a custódia preventiva é realmente uma “injustiça necessária”, como pensava Carrara, ou se, ao invés, é apenas o produto de uma inconfessada *concepção inquisitiva do processo*, que quer ver o imputado em condições de inferioridade em relação à acusação, imediatamente sujeito a uma pena exemplar e, sobretudo, não obstante as virtuosas proclamações contrárias, presumido como culpado.¹⁴³

Analisando a realidade doutrinária espanhola, Odone Sanguiné refere que somente um setor minoritário, de acordo com uma perspectiva de política criminal, advoga a abolição da prisão provisória, sugerindo novos métodos substitutivos mais racionais e atualizados em referência a um moderno Direito Penal. Em consequência, este setor doutrinário propõe que uma alternativa ao cárcere efetivo seja a abolição da prisão provisória para 50% da população carcerária preventiva em espera de julgamento.¹⁴⁴

Deve-se frisar que o catálogo de distintas necessidades, cuja base constrói o habitual discurso da prisão provisória como instrumento processualmente legítimo, está diretamente

¹⁴¹ FERRAJOLI, 2006, *op. cit.*, p. 505-506.

¹⁴² *Ibid.*, 2006, p. 511-512.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 512.

¹⁴⁴ SANGUINÉ, 2003, *op. cit.*, p. 51-52.

relacionado com o degradado modelo atual do processo, com as suas diversas incompatibilidades frente ao modelo constitucional e frente à deficiente articulação dos recursos orgânicos e materiais.¹⁴⁵

Não há uma ‘boa’ prisão preventiva: o jurista deve ter, pois, consciência de que toda prisão preventiva, em qualquer caso, é sempre uma resignação dos princípios do Estado de Direito, que se faz por razões práticas, e devido à carência de outros meios capazes de assegurar as finalidades do processo. O fato de a legislação admitir esta resignação não significa que devemos aceitar a prática estendida da prisão preventiva, que constitui, provavelmente, a mais grave distorção do Estado de Direito que se pode dar dentro do âmbito processual penal.¹⁴⁶

O cerne do problema concentra-se em satisfazer o adequado equilíbrio entre proteger a pessoa e assegurar e garantir a ordem social ou a paz jurídica, funções igualmente importantes para o ordenamento jurídico.¹⁴⁷

Como é sabido, o fim sempre pretendido de que o inocente deva ser absolvido e o culpado condenado não atinge sempre este resultado. É fato que os procedimentos em juízo, ainda que concebidos para garantir tal resultado, são imperfeitos, no sentido de que não podem garantir que o inocente não seja preso e que o culpado não seja libertado. Sanguiné salienta que a injustiça não surge de uma falha humana e sim de uma combinação fortuita de circunstâncias que levam ao fracasso o objetivo das normas jurídicas. O traço característico da imperfeita Justiça Penal é que, embora exista um critério independente para o resultado correto, não existe nenhum processo viável que a conduza com certeza.¹⁴⁸

Entretanto, o referido autor sustenta a manutenção da prisão preventiva, sobretudo sob o fundamento do princípio da necessidade. No entendimento de Sanguiné, a abolição, da prisão preventiva não resultaria uma vantagem à liberdade e à segurança, não impediria que seguissem existindo privações arbitrárias de liberdade pelas autoridades de outros subsistemas sociais de controle e possibilitaria, além disso, a aparição de vinganças informais do ofendido ou de outros grupos sociais. Por assim dizer, a mera abolição do instituto não melhoraria a proteção dos direitos fundamentais, dos sujeitos quiçá inocentes. Assim, neste momento histórico, a via mais racional e realista parece consistir na manutenção do instituto, mas com

¹⁴⁵ SANGUINÉ, 2003, *op. cit.*, p. 52.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 53.

¹⁴⁷ BARONA VILAR, 1988, *op. cit.*, p. 18.

¹⁴⁸ SANGUINÉ, 2003, *op. cit.*, p. 54.

uma regulação clara que evite a sua utilização abusiva, inserindo-a nos estritos limites dos direitos fundamentais.¹⁴⁹

Do mesmo entendimento partilha José Maria Rico, pois, levando-se em conta que a prisão preventiva supõe uma limitação da liberdade individual, ela somente se justifica, em um Estado de Direito, visto que seja imprescindível e necessária para a tutela de outros bens jurídicos essenciais; ainda, deve ser proporcional ao delito imputado e que, em aplicação ao princípio da mínima intervenção, não haja outros meios jurídicos menos severos para obter os fins a que esta medida persegue.¹⁵⁰

É certo que tal necessidade pode operar de duas formas: em primeiro lugar, mediante a proteção em normas positivas constitucionais ou infraconstitucionais; em segundo lugar, como princípio geral de Direito, integrador do ordenamento jurídico, que serve de base jurídica justificadora das medidas que inegavelmente a Administração Pública está obrigada a adotar para assegurar em todo caso a efetiva realização daqueles fins essenciais que justificam a sua existência, em circunstâncias fáticas concretas que lhe fizeram correr perigo. Quando não dispõem os Poderes Públicos de específicos meios jurídicos positivados para a realização de sua missão, a justificação jurídica para a sua atuação virá diretamente do princípio geral de necessidade, que tem o alcance de “cláusula geral de habilitação ao invés que de limitação”, da concreta atuação dos Poderes Públicos ante uma situação de perigo para um determinado fim considerado como essencial pela comunidade.¹⁵¹

Na regulação entre os dois pólos sobre o qual se sustenta a prisão provisória – liberdade e segurança –, entra em jogo o princípio da proporcionalidade. Na lição de Silvia Barona Vilar, este princípio é a peça chave na regulação da prisão provisória, de maneira que seja a medida que equilibre a necessidade de manter e de respeitar a ordem social, com o direito e com o respeito à liberdade individual do acusado.¹⁵²

A prisão preventiva não deve ser acordada ou mantida nada mais que o estritamente necessário para o caso concreto. Por isso, segundo o princípio da proporcionalidade, deve adotar-se, em qualquer caso, alternativa menos gravosa para o direito fundamental à liberdade pessoal. A necessidade configura-se, deste modo, como um conceito jurídico relativo, indeterminado, de caráter teleológico, constituindo-se o móvel jurídico de atuação dos Poderes Públicos para a realização dos fins essenciais a cuja satisfação ficam obrigados. Com

¹⁴⁹ SANGUINÉ, 2003, *op. cit.*, p. 57.

¹⁵⁰ RICO, 1997, *op. cit.*, p. 260.

¹⁵¹ SANGUINÉ, 2003, *op. cit.*, p. 58-59.

¹⁵² BARONA VILAR, 1988, *op. cit.*, p. 18.

efeito, o fim não justifica todos os meios, mas tão-somente a utilização daqueles elementos que são necessários e proporcionados à sua realização.¹⁵³

Cabe questionar quais são, então, se elas existem, as reais necessidades – e não as meras conveniências – satisfeitas pela prisão sem juízo. E, seguindo na linha de Ferrajoli, não existem meios menos gravosos, tornando desnecessário o recurso à prisão sem processo?¹⁵⁴,¹⁵⁵

Para isso, Odone Sanguiné estipula que a necessidade deve ser entendida como complemento ao princípio da legalidade, de modo que não pode ser arbitrária, e deve estar sempre submetida a alguns limites perfeitamente controláveis pelos órgãos jurisdicionais. Sendo assim, leciona o autor que a aplicação do princípio da necessidade à prisão provisória em um sistema democrático exige o cumprimento de, pelo menos, duas exigências constitucionais: a sua *excepcionalidade*, conforme a qual, divergindo do processo inquisitivo, a prisão preventiva nunca pode converter-se em regra geral, porém pode ser adotada exclusivamente quando se cumparam escrupulosamente os fins que constitucionalmente a justificam; para a adoção e para a manutenção da medida, é indispensável a existência de uma imputação grave que racionalmente presuma o *perigo de fuga*.¹⁵⁶

Na Espanha, a doutrina majoritária reconhece que a finalidade básica da prisão provisória é a de evitar a frustração do processo, impossibilitando a fuga do réu e permitindo a eventual execução da pena. Dentro desse fim se pode incluir o de assegurar o êxito da instrução e o de impedir a ocultação de meios de prova. Esta dupla finalidade denomina-se *cautelar*, porque cumpre todos os requisitos das medidas cautelares do Processo Penal. Assim, conforme análise de Julio Banacloche Palao, para ocorrer uma prisão provisória, é necessário que, por um lado, existam indícios racionais de que a pessoa que pode ser afetada por ela tenha participado na comissão de um fato delitivo (*fumus comissi delicti*); por outro,

¹⁵³ SANGUINÉ, 2003, *op. cit.*, p. 59-61.

¹⁵⁴ FERRAJOLI, 2006, *op. cit.*, p. 512.

¹⁵⁵ O Projeto de Lei n. 4.201/2001 visa alterar o CPP no que se refere à prisão, às medidas cautelares, à liberdade e dá outras disposições. A proposta de reforma foi remetida ao Senado Federal em 02/07/2008 e estabelece as seguintes medidas diversas da prisão cautelar: art. 319. I- comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar as atividades; II- proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; III- proibição de manter contato com pessoa determinada; IV- proibição de ausentar-se do país; V- recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; VI- suspensão do exercício de função pública; VII- internação provisória no caso de inimputável ou semi-imputável; VIII- fiança. Deste modo, estabelece o artigo 321, que: “Inexistindo os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz poderá conceder liberdade provisória, impondo as medidas cautelares previstas no artigo 319 e observados os critérios do artigo 282”. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: set. 2008.

¹⁵⁶ SANGUINÉ, 2003, *op. cit.*, p. 62-63.

que apareça um risco razoável de que o imputado não vá comparecer ao chamamento judicial e, portanto, que vá ser impossível a execução da sentença (*periculum libertatis*).¹⁵⁷

Segue o autor referindo que a medida somente pode ser aplicada pelo juiz (jurisdicionalidade) pelo tempo que seja estritamente necessário e enquanto não mudem as circunstâncias (provisionalidade) – tudo isso em prol da realização última e eficaz do *ius puniendi* do Estado (instrumentalidade). Junto a esta finalidade especificamente cautelar, adverte o autor para o perigo de que a decretação da prisão provisória pode cumprir com a utilização de outras diferentes que a configuram não como uma medida instrumental do processo, mas sim como uma medida de segurança ou como uma verdadeira pena antecipada. Assim ocorre quando ela for decretada para impedir a reiteração delitiva ou para satisfazer as exigências sociais de segurança quando o delito tenha causado alarme social.¹⁵⁸

2.2 FUMUS COMISSI DELICTI E PERICULUM LIBERTATIS

A prisão preventiva, por tratar-se de medida estritamente cautelar, destinada à tutela do processo, acaba por apresentar como pressupostos alguns requisitos da jurisdição civil, sendo eles o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Aqui, a doutrina tradicional busca a aplicação literal da doutrina processual civil ao Processo Penal.¹⁵⁹

A respeito disso, podemos observar que, para Julio Fabbrini Mirabete, é necessário que o juiz apure se há o *fumus boni iuris*, ou seja, a “fumaça do bom Direito”, apontando o acusado como autor do delito. Hélio Tornaghi manifesta-se no sentido de que, para ser decretada a providência provisória, basta uma “aparência de Direito”, um *fumus boni iuris*, admitindo que a prisão preventiva possui finalidade de evitar o perigo que resulta da condenação definitiva, através do *periculum in mora*, tomando precauções imediatas, para que a execução da sentença não se torne impossível.¹⁶⁰

¹⁵⁷ BANACLOCHE PALAO, Julio. **La libertad personal y sus limitaciones**: detenciones y retenciones en el Derecho Español. Madrid: Ciências Jurídicas, 1996, p. 378.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 379 e SENDRA, Vicente Gimeno. **Derecho Procesal Penal**. 3.ed. Madri: Colex, 1999, p. 473-475.

¹⁵⁹ Rogério Schietti Machado Cruz, citando Calamandrei, refere que “toda medida cautelar tem por objetivo imediato a proteção dos meios ou dos resultados do processo, servindo como instrumento do processo de modo a assegurar o bom êxito tanto do processo de conhecimento quanto do processo de execução”. Ver: CRUZ, 2006, *op. cit.*, p. 01.

¹⁶⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 417. TORNAGHI, Hélio. **Manual de Processo Penal**. (prisão e liberdade). Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963. v.2., p. 617.

Partilhando deste entendimento, apresenta-se, ainda, José Frederico Marques; para o autor, como toda medida cautelar, também a prisão preventiva exige o *fumus boni iuris*, a probabilidade de condenação, para que o réu seja custodiado. E segue esse afirmando que a prisão preventiva tem por escopo tutelar e garantir o Processo Penal condenatório a que está ligada, em nome do *periculum in mora*. Na mesma vertente, Fernando da Costa Tourinho Filho, refere que a prisão preventiva é uma medida cautelar que se subordina a dois requisitos: o *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis*, o qual, para este autor, equivale, no cível, ao *periculum in mora*.¹⁶¹

Contrariando esta idéia, Aury Lopes Jr. considera uma “*impropriedade jurídica*” afirmar que, para a decretação de uma prisão cautelar, é necessária a existência de “*fumus boni iuris*”. E segue: “*Como se pode afirmar que o delito é a fumaça de bom Direito? Ora, o delito é a negação do Direito, sua antítese!*”. Explica o autor que o equívoco reside na analogia entre a aplicação do Processo Civil ao Processo Penal, de modo que tal analogia não é cabível, pois devem ser respeitadas as categorias próprias deste último:

No Processo Penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível logo, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus comissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.¹⁶²

Segundo Pisapia, a analogia da prisão provisória com as medidas cautelares de caráter patrimonial no cível não pode ser utilmente invocada, devido à profunda diversidade dos bens jurídicos que estão em jogo e à irreversibilidade do prejuízo, moral e material, que deriva da privação da liberdade pessoal. Neste sentido, “um sistema processual na qual se verificasse o absurdo de um imputado absolvido que houvera sofrido uma injusta prisão preventiva, seria ademais de injusto também bárbaro”.¹⁶³

Silvia Barona Vilar observa que não é necessário nem pertinente aplicar conceitos do Direito Civil a algo tão distinto como é o Processo Penal. Para a referida autora:

¹⁶¹ MARQUES, 1965, *op. cit.*, p. 46-48. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 29.ed, São Paulo: Saraiva, 2007. v.3, p. 508.

¹⁶² LOPES JÚNIOR, 2004, *op. cit.*, p. 189.

¹⁶³ PISAPIA *apud* SANGUINÉ, 2003, *op. cit.*, p. 93.

A necessidade de buscar, criar e aplicar ao processo penal uma teoria própria, independentemente dos conceitos civilistas que durante muito tempo está acima de todo o sistema jurídico, que leve em conta os princípios, diretrizes e pilares fundamentais do processo penal, se faz cada vez mais palpável e exigível.¹⁶⁴

Ademais, o paralelismo entre o Direito processual civil e o processual penal apresenta outros desdobramentos inadequados. Danilo Knijnik sustenta que o Direito brasileiro, influenciado pela tradição romano-germânica, transportou para o Processo Penal a regra do artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, dispondo que o ônus da prova incumbe *ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor*. Sendo assim, conforme analisado pelo citado autor, cabe à acusação demonstrar o fato naturalístico “morte”, por exemplo, recaindo ao acusado a função de provar que agiu em legítima defesa, ou provar a tese de negativa de autoria.¹⁶⁵ Todavia, transplantar este conceito de Direito Privado para o Processo Penal, em que ao réu caiba argüir elementos exculpatórios – dirimentes ou eximentes –, viola o direito ao silêncio deste último, que não possui o dever de contribuir com a acusação: detentora de toda a carga probatória.

Voltando ao tema central e, tendo por base que há uma práxis desvirtuada que aplica a prisão preventiva como regra geral frente à liberdade provisória como exceção, Sanguiné parte do princípio de que atualmente a questão nuclear não é tanto criar uma teoria própria do Processo Penal, mas sim a reconstrução do instituto da prisão preventiva, levando-se em conta desde o horizonte constitucional dos direitos fundamentais, ao segmentar as bases de sua justificação e ao assimilar os seus limites como a única maneira de controlar a sua degeneração.¹⁶⁶

Contudo, admite Aury Lopes Jr., como equívoco da doutrina considerar o *periculum in mora* como requisito das prisões cautelares, visto que aquele se torna fruto de uma

equivocada valoração do perigo decorrente da demora no sistema cautelar penal. O risco no Processo Penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo. Logo o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.

¹⁶⁴ BARONA VILAR, 1988, *op. cit.*, p. 52-53.

¹⁶⁵ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 99-102.

¹⁶⁶ SANGUINÉ, 2003, *op. cit.*, p. 95.

O referido autor deixa claro que o requisito para a utilização da prisão preventiva é a “fumaça” da existência de um crime. Não exige esse autor um juízo de certeza, mas sim de uma razoável probabilidade.¹⁶⁷

Seguindo nesta linha de raciocínio, considera o autor que, para a verificação do *fumus comissi delicti*, é necessária 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 desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e conseqüências apresentam como responsável um sujeito concreto.¹⁶⁸

Constata-se premente que o pedido venha acompanhado de um mínimo de provas, capazes de demonstrar a autoria e a materialidade do fato e que a decisão judicial seja devidamente fundamentada. É importante recordar que, no sistema processual penal, a existência de um fato não pode ser provada por simples indícios. A comprovada e não apenas a alegada necessidade é o que fundamenta a existência da prisão preventiva, já que esta necessidade será verificada na análise dos pressupostos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Não se pode aplicar a prisão preventiva se não existe um mínimo de informação que fundamente uma suspeita sobre a existência do fato e a participação do acusado no mesmo, porque, se não existe sequer uma suspeita racional e com fundamento de que uma pessoa possa ser autora do delito, de maneira alguma pode ser admissível a sua prisão preventiva.¹⁶⁹

Sendo assim, existirá prova da existência do crime quando for demonstrada a prática de fato típico na integralidade de seus elementos, assim como haverá indícios de autoria quando o réu for considerado o provável autor do crime.¹⁷⁰ Carnelutti comenta que a imputação da autoria de um crime não é como a decisão, um juízo de certeza, mas sim é um

¹⁶⁷ LOPES JÚNIOR, 2004, *op. cit.*, p. 190-191.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 191.

¹⁶⁹ Nesse sentido, ver RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 631 e BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Trad. de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 150.

¹⁷⁰ MARQUES, 1965, *op. cit.*, p. 46-47.

juízo de probabilidade. Entretanto, para submeter o imputado à prisão, é preciso um grau superior aos indícios suficientes à mera imputação.¹⁷¹

O conceito de imputação ganha destaque nessa discussão, pois, como leciona Carnelutti, a imputação é também um juízo, porém um juízo diferenciado do juízo de certeza, necessário à decisão. Sobre isso, o oposto ao juízo de certeza seria o juízo de possibilidade e o juízo de probabilidade. O autor analisa essas duas formas de juízo, ao qual reconhece existir uma diferença puramente estatística: “Há possibilidade em lugar de probabilidade quando as razões favoráveis ou contrárias à hipótese são equivalentes; o juízo de possibilidade, pelo menos, prescinde da afirmação de um predomínio qualquer das razões positivas sobre as razões negativas ou vice-versa”.¹⁷²

Feita esta distinção, indaga-se se a imputação, afinal, seria um juízo de possibilidade ou de probabilidade. Seguindo o raciocínio de Carnelutti, a primeira impressão que se tem é a de que não basta um juízo de possibilidade para que alguém seja submetido ao Processo Penal, considerando que aquele se revela em um dano para quem o sofre; contudo, ao refletir sobre a questão, acaba o autor admitindo essa impressão, ao aceitar que o juízo de possibilidade seja suficiente para a imputação de alguém.¹⁷³

Desta forma, considerando que o juízo de possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão de alguém, porquanto nem todo imputado pode ou deve ser preso, porém somente aquele sobre quem, mais que um juízo de possibilidade, pode-se formular um juízo de probabilidade de que tenha cometido o delito. Probabilidade, por assim dizer, seria a probabilidade da culpa, que significa a existência de todos os requisitos positivos e a inexistência de todos os requisitos negativos do delito. De fato, a existência de alguma circunstância impeditiva do crime impede a detenção do indivíduo.¹⁷⁴

Nesse mesmo viés compartilha Frederico Marques, para quem, na ocorrência de um fato típico, comprovado, em que o juiz verifica, pelo que consta dos autos, que a conduta do réu está amparada por alguma causa justificativa do Código Penal, aquela postura não se

¹⁷¹ CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. Trad. de Francisco José Galvão Bruno. v.2. Campinas: Bookseller, 2004, p. 179-180. O autor refere que sem indícios suficientes nem sequer uma imputação se poderia formular: “qual é, pois, o valor das provas de culpa exigidas para que a captura possa ser decretada?”.

¹⁷² *Id.*, 2004, *op. cit.*, p. 180.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 180-181, “Pensando bem, pois, não é necessária em absoluto a probabilidade de que alguém tenha cometido um delito para que ocorra sua imputação, basta que seja possível. O que é muito razoável exatamente desde o ponto de vista do imputado que, se verdadeiramente cometeu o delito, tem, ainda que não pareça, interesse em ser castigado, e, no caso oposto, igualmente interesse em que a suspeita, de uma vez por todas, não fique suspensa no ar, mas que seja cancelada por uma decisão absolutória”.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 181-182.

revela como crime, não podendo assim ser decretada, de maneira alguma, a prisão preventiva.¹⁷⁵

Por outro lado, no que se refere aos indícios, Roque de Brito Alves revela como sendo algo (objeto ou fato), que não constitui prova ou evidência completa, inquestionável, apenas o descobrindo parcialmente, como algo imperfeito, sem convencer de todo.¹⁷⁶

De acordo com o referido autor, a dúvida irá significar a própria ausência de prova e não somente a sua insuficiência ou precariedade. Na existência de dúvida, refere Alves, não se fez, em verdade, prova, ou seja, ela inexistente, não devendo ser compreendida como insuficiente: “A dúvida, portanto, é a negação da prova, a sua antítese”.¹⁷⁷

Todavia, ocorre que, além do *fumus commissi delicti*, para que se decrete a prisão preventiva, é exigível a presença de uma situação de perigo ao normal desenvolvimento do processo, representada pelo *periculum libertatis*. Para Lopes Jr., no Processo Penal, o perigo de fuga é um dos principais fundamentos a fim de se justificar medidas como as prisões cautelares, em que o risco de evasão tornará impossível a execução da pena provavelmente imposta.¹⁷⁸

Desse modo, enfatiza o referido autor que é absolutamente inconcebível qualquer hipótese de presunção de fuga, até porque isso é substancialmente inconstitucional frente ao estado de inocência. Mais do que nunca, deve ser apresentado um fato claro, determinado, que justifique o receio de evasão do réu.¹⁷⁹

Para que se adote a prisão cautelar, é necessário que se cumpra tanto o *fumus commissi delicti* (prova de existência do crime e indícios suficientes de sua autoria) como o *periculum libertatis* (garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal ou da aplicação da lei penal), presentes no *caput* do artigo 312 do Código de Processo Penal, as quais serão abordados no item seguinte.

Enquanto aqueles dirão a respeito da infração cometida e da sua autoria, terão estes, relação com a possibilidade de fuga ou o risco que possa causar o acusado solto. E, de acordo com Carnelutti: “Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado”.¹⁸⁰

¹⁷⁵ MARQUES, 1965, *op. cit.*, p. 47.

¹⁷⁶ ALVES, Roque de Brito. **Dos indícios no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 3-4.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 168. “A doutrina e a jurisprudência criminal anglo-norte-americana, a brasileira, a italiana, a alemã e a francesa constataram que é pacífica a exigência da certeza sobre estes três pontos ou elementos fundamentais da prova em matéria criminal para uma condenação e que, em verdade, a presença de dúvida significa inequivocamente ausência de prova”.

¹⁷⁸ LOPES JÚNIOR, 2004, *op. cit.*, p. 193.

¹⁷⁹ LOPES JÚNIOR, *loc. cit.*

¹⁸⁰ CARNELUTTI, 2004, *op. cit.*, p. 181.

Por ser prisão cautelar, a prisão preventiva apresenta por escopo tutelar e garantir o Processo Penal condenatório a que está ligada, de forma que o perigo a qual a liberdade do acusado proporciona justifica a custódia preventiva. Na busca desse objetivo, a prisão preventiva tanto pode ter por fim garantir o desenrolar do processo por caminhos e vias normais como ainda buscar a tutela de seu resultado final.¹⁸¹

Não se pode descuidar do fato de que somente se pode decretar a prisão preventiva ou a liberdade provisória se a pena prevista é privativa de liberdade, e não quando estejam previstos para o delito pena restritiva de direitos ou multa. O tipo de pena prevista à infração serve somente como critério permissivo, mas também como limite para se estabelecer a prisão provisória; não pode, pois, sofrer o imputado durante a tramitação do processo, amparado pela presunção de inocência, uma aflição maior do que a pena estabelecida em sede de sentença condenatória:

O simples fato de ser acusado de um delito grave não significa que o imputado seja menos inocente, uma vez que, em uma sociedade organizada, não é certo que o direito fundamental à presunção de inocência seja um valor processual penal que somente tenha validade para alguns imputados, que poderão ser absolvidos. Pelo contrário, deve ter validade para todos. Disso resulta a falta de fundamento de toda disposição que limite, em função da gravidade do delito, a concessão da liberdade provisória.¹⁸²

Segundo o Código de Processo Penal, admite-se a decretação da prisão preventiva em crimes punidos com detenção (a regra é do cabimento somente em crimes punidos com reclusão), caso seja o agente vadio ou haja dúvida sobre a sua identidade, e não forem fornecidos elementos para esclarecê-la. Também se permite a decretação se o agente já for reincidente em crime doloso, salvo se já passados cinco anos do cumprimento ou da extinção da pena.

Na ocorrência de tais situações, a prisão cautelar superaria, em muito, o resultado final pretendido no processo, trazendo uma situação mais grave e desproporcional para o acusado; da mesma forma, comprometeria a função acautelatória da prisão preventiva, em prejuízo de sua instrumentalidade, justificadora de sua existência.

Quando o preceito constitucional (artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal) estabelece que todas as decisões devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade, verifica-se

¹⁸¹ MARQUES, 1965, *op. cit.*, p. 48.

¹⁸² SANGUINÉ, 2003, *op. cit.*, p. 115. Pondera o autor: “que pena se tomará em consideração? A correspondente ao delito em abstrato ou ao delito em concreto? A maioria da doutrina tem acolhido o critério da pena em concreto tendo em conta as circunstâncias de cada caso em particular e considerando que o critério abstrato é injusto em diversos casos. O Tribunal Constitucional Espanhol tem-se posicionado em favor do critério da pena em concreto (STC 9/1994)”.

que o importante é a explicação do motivo da decisão, ou seja, o que levou o magistrado a tomar aquela decisão sobre a autoria e sobre a materialidade. Caso contrário, as partes não conseguiriam exercer através de recurso a crítica e, por sua vez, o direito ao contraditório frente às instâncias superiores.

É por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas e, portanto, legitimadas, passíveis de verificação e de falsificação ainda que de forma aproximada, uma vez que a “validade” das sentenças resulta condicionada à “verdade”. Precisamente, a motivação permite o controle das decisões seja de direito, por violação de lei ou de defeito de interpretação ou de subsunção, seja de fato, por defeito ou por insuficiência de provas ou por explicação inadequada do nexa entre convencimento e provas. Ao mesmo tempo, enquanto assegura o controle da legalidade e do nexa entre convencimento e provas, a motivação carrega também o valor “endoprocessual” de garantia de defesa e o valor “extraprocessual” de garantia de publicidade. E pode ser, portanto, considerada como o principal parâmetro tanto da legitimação interna ou jurídica quanto da externa ou democrática da função judiciária.¹⁸³

Nereu José Giacomolli assevera que a motivação se constitui em ação determinante na orientação da decisão, direcionando-a em um sentido ou em outro. Aqui, toda decisão deverá ser motivada e fundamentada, para que o magistrado demonstre que não está decidindo arbitrariamente, mas sim racionalmente nas questões de direito e de fato; ainda, constitui tal garantia como essencial para a preservação do *status libertatis*, da dignidade da pessoa humana e da efetividade dos direitos e das demais garantias constitucionais. Com efeito, a imposição de motivação/fundamentação visa evitar o arbítrio, a discricionariedade, o convencimento imotivado, bem como a limitação do poder estatal.¹⁸⁴

Nesse sentido, Mario Chiavario afirma que a exigência cautelar em expor o indício de autoria que justifique por concreto a medida imposta, com a indicação do elemento fático e do motivo de sua relevância, deve ser estabelecida através de seu conteúdo e de sua técnica de motivação, instrumento de garantia do acusado.¹⁸⁵

Por outro lado, é certo que o critério da gravidade do delito não pode ensejar o decreto automático da custódia, pois as concretas circunstâncias do caso podem desvirtuar a presunção genérica do risco de fuga que o temor de uma pena grave fundamenta. Certamente, a mera gravidade do fato nunca deveria ocasionar a adoção automática da medida cautelar. O

¹⁸³ FERRAJOLI, 2006, *op. cit.*, p. 573-574.

¹⁸⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais: aspectos jurisprudenciais. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, n. 11, p. 69-95, 2005.

¹⁸⁵ CHIAVARIO, Mario. **La riforma del Processo Penale**: appunti sul nuovo codice. 2.ed. ampl. e atual. Torino: UTET, 1990, p. 159-160.

critério da penalidade prevista, portanto, não deve ser o único a ser levado em conta para decidir sobre a prisão, nem deve influir com automaticidade na decisão. A gravidade do fato não pode ser entendida de forma automática, sob pena de violar o princípio da proporcionalidade e os fins próprios da prisão provisória concebida como medida cautelar: O princípio da proporcionalidade exige que o juiz não perca de vista, em nenhum caso, a finalidade da prisão preventiva.¹⁸⁶

2.3 REQUISITOS LEGAIS DA PRISÃO PREVENTIVA

Estabelecida a diferenciação das nomenclaturas entre esfera cível e penal na caracterização da medida cautelar, e mais especificamente, da prisão preventiva, passamos a analisar os pressupostos legais estabelecidos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Há, no Congresso Nacional, um Projeto-Lei de n. 4.208/2001, visando reformar as cautelares, através da alteração de diversas medidas, entre elas o artigo 312, acrescentando-lhe um parágrafo único, passando a ter a seguinte redação:

Art. 312 – A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência do crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa. **Parágrafo único** – A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art.282, §4º).¹⁸⁷

Conforme Delmanto Junior, a prisão preventiva revela-se como a principal modalidade de prisão cautelar de nosso ordenamento. Decretável a qualquer momento, mesmo antes do oferecimento da denúncia, visa tutelar o bom andamento do Processo Penal e a eficácia de suas decisões.¹⁸⁸

¹⁸⁶ SANGUINÉ, 2003, *op. cit.*, p. 119-120, 123.

¹⁸⁷ Pesquisado em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/paginadocumentos.action>> Acesso em: 23 set. 2008. e Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em setembro de 2008. Atualmente o Projeto-Lei encontra-se no Senado Federal, quando, em 07 de julho de 2008, foi distribuído ao Senador Demóstenes Torres para emitir relatório.

¹⁸⁸ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2.ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 161-162.

A prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria são os pressupostos que constituem o *fumus comissi delicti*.

Embora parte da doutrina admita que nessa fase não se exige prova plena, bastando a verificação de meros indícios, isto é, que se demonstre a probabilidade de o réu ou de o indiciado ter sido o autor do fato delituoso, a lei exige *prova* da existência do crime, não bastando, por assim dizer, mera suspeita.

Neste sentido, é necessária a existência de prova direta do crime, ou seja, que o juiz tenha a seu dispor algum elemento que possa verificar que uma conduta típica foi realizada. Desta maneira, a prova da existência do crime refere-se à materialidade do ilícito penal, ou seja, à existência do corpo de delito, que deverá ser atestado pelo laudo pericial com documentos ou com prova testemunhal idônea.¹⁸⁹

No que diz respeito ao fato crime, o legislador exige, pois, uma cognição mais aprofundada, certa e determinada.¹⁹⁰ Por outro lado, no que se refere ao indício suficiente de autoria, não se exige a verificação de provas robustas e que gerem a certeza absoluta de autoria do indiciado. Aqui se faz um juízo de periculosidade, em que não é necessário o fogo da certeza, mas sim a mera fumaça de que ele pode ser o autor do fato.¹⁹¹

Luis Roberto Faggioni assevera que é indispensável que haja probabilidade, e não mera possibilidade, de que a pessoa, cuja prisão preventiva se quer decretar, seja o autor do crime de cuja existência há prova direta. Não se trata, quando a lei fala em “indícios suficientes de autoria”, de prova levior, nem de certeza, mas sim daquela probabilidade apta a convencer o magistrado. A expressão *indícios suficientes* têm, portanto, o sentido de probabilidade suficiente e não a simples possibilidade de autoria.¹⁹²

Tal probabilidade decorre de um fato provado capaz de conduzir à conclusão de que aquela pessoa seja autora do crime em discussão, não bastando, por assim dizer, mera suspeita. Como analisa Faggioni, ainda que não seja necessária prova plena, é forçoso que

¹⁸⁹ Ver: FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 41, p. 135, 2003 e RANGEL, 2005, *op. cit.*, p. 631.

¹⁹⁰ “Além da necessidade de certeza do fato, será ilegal a prisão de alguém quando o evento desponta atípico. Por óbvio, nesta hipótese, não há que se falar em crime, tampouco em justa causa para a persecução penal e, muito menos, para decretar-se a prisão preventiva. Da mesma forma, nos casos em que tudo indique ter o acusado agido em legítima defesa, em estado de necessidade, no estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito, não poderá ser decretada a sua prisão preventiva. A par do art. 314 do Código de Processo Penal assim o determinar, não estaríamos diante de um crime, tendo em vista uma dessas excludentes de antijuridicidade ou ilicitude. Também não há que se falar em prova da existência do crime, em casos de mera contravenção[...]tal prisão seria absolutamente desproporcional”. Ver: DELMANTO JUNIOR, 2001, *op. cit.*, p.164-165.

¹⁹¹ RANGEL, 2005, *op. cit.*, p. 631.

¹⁹² FAGGIONI, 2003, *op. cit.*, p. 136.

haja ao menos indícios, isto é, qualquer elemento indicador de que há probabilidade de que o suspeito seja o autor do crime.¹⁹³

Por esse aspecto, revela-se notória que a expressão *indícios suficientes* quer significar probabilidade razoável decorrente do conjunto de provas que se pode auferir. Sob esta égide, fica afastada a decretação da medida baseada em mera possibilidade, pois “nem tudo que é possível é provável”.

De acordo com Delmanto Junior, a não-verificação deste pressuposto afigura-se como verdadeira lesão do direito ao estado de inocência, uma vez que vem a tutelar a liberdade dos cidadãos.¹⁹⁴ A presunção de inocência, como refere Andrea Dália e Marzia Ferraioli, é tanto regra probatória de juízo quanto regra de tratamento ao acusado. Ainda que algumas regulamentações falem por ora em “presunção de inocência”, ou como a Constituição italiana que utiliza a “presunção de não-culpabilidade”, a diversidade das palavras não incide no conteúdo da garantia.¹⁹⁵

Ferrajoli sustenta a necessidade de ser demonstrada a prova da culpa e não a da inocência, de modo que a existência da culpa, desde o início, é que deve formar o objeto do juízo. Dessa forma, uma das premissas garantistas baseia-se no fato de que não se pode punir um cidadão só porque isso satisfaz a vontade ou o interesse da maioria; sobre isso, nenhuma maioria, embora esmagadora, pode tornar legítima a condenação de um inocente ou sanar um erro cometido em prejuízo de um cidadão, único que seja.¹⁹⁶

Segundo entendimento de Aduato Suannes, todos somos presumidamente inocentes, independentemente do fato que nos é atribuído. Qualquer distinção que se pretenda fazer em razão do crime imputado a alguém inocente contraria o princípio da isonomia, já que a Constituição Federal não distingue entre “mais-inocente” e “menos-inocente”.¹⁹⁷

Nessa mesma linha de raciocínio, Aury Lopes Jr. reconhece que a proteção dos inocentes deve ser mantida até que exista uma sentença penal condenatória transitada em julgado, para que se garanta a liberdade processual do imputado, o respeito à sua dignidade como pessoa e como efetiva parte do processo.¹⁹⁸

Diante do princípio da inocência, Ferrajoli aduz que qualquer forma de prisão antes da sentença condenatória irrecorrível seria ilegítima. O argumento desse autor apresenta por base

¹⁹³ FAGGIONI, 2003, *op. cit.*, p. 137.

¹⁹⁴ DELMANTO JUNIOR, 2001, *op. cit.*, p. 169.

¹⁹⁵ DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di Diritto Processuale Penale**. 4.ed. Milano: CEDAM, 2001, p. 236.

¹⁹⁶ FERRAJOLI, 2006, *op. cit.*, p. 505-506.

¹⁹⁷ SUANNES, Aduato. **Os fundamentos éticos do devido Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 232.

¹⁹⁸ LOPES JUNIOR, 2004, *op. cit.*, p. 39.

a constatação de que, na realidade, a prisão pena e a prisão cautelar não divergem entre si: ambas importam em restrição a direito fundamental e implicam sofrimento ímpar ao detido.¹⁹⁹

Contudo, a comunidade jurídica não admitiu tal entendimento, decidindo pela compatibilidade entre o princípio da inocência e as modalidades de prisão cautelar. É o que se verifica em relação à súmula n. 9 do Superior Tribunal de Justiça.²⁰⁰

2.3.1 Garantia da ordem pública

As expressões contidas na primeira parte do artigo 312 do Código de Processo Penal, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal, constituem o chamado *periculum libertatis*; aqui a prisão preventiva subordina-se, além daqueles dois pressupostos abordados no tópico acima (prova da materialidade e de indícios suficientes de autoria), a mais quatro condições, em que ao menos uma destas deve coexistir juntamente com aqueles dois.

A garantia da ordem pública é um conceito indeterminado²⁰¹, aberto, vago, justamente por não apresentar uma precisão na sua delimitação, comportando, assim, as mais diversas condutas existentes no imaginário do julgador. Para Frederico Marques, desde que a permanência do réu, livre e solto, possa dar motivo a novos crimes, ou cause repercussão danosa e prejudicial no meio social, cabe ao juiz decretar a prisão preventiva como garantia da ordem pública.²⁰² É constante a existência de decisões decretando a medida coercitiva sob o argumento de se evitar a reiteração criminosa, sem que se consiga surpreender o autor em estado de flagrância; diante de tais decisões, estariam estes últimos fazendo apologia de

¹⁹⁹ FERRAJOLI, 2006, *op. cit.*, p. 566.

²⁰⁰ Súmula 9, do STJ: “a exigência da prisão provisória para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência”.

²⁰¹ “Conceitos jurídicos indeterminados, matéria essa tratada em especial no Direito Alemão. A expressão designa as fórmulas amplas, muito utilizadas no Direito Público e no Direito Privado, como, por exemplo: boa-fé, justo preço, valor histórico e cultural, perigo para pessoas e bens, ordem pública. Na verdade, o conceito em si não é indeterminado, como conceito, pois é possível expressar verbalmente o seu significado. O que ocorre é a impossibilidade de identificar “a priori” todas as situações que se enquadram na fórmula. Mas, no momento em que uma situação ou fato aí se enquadram, efeitos ou conseqüências jurídicas ocorrem”. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 131-132.

²⁰² MARQUES, 1965, *op. cit.*, p. 49.

crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando.²⁰³ Observa-se que nos tribunais, quando presentes quaisquer dessas hipóteses, e havendo nos autos prova a respeito, a medida preventiva é decretável. Entretanto, este não é o nosso entendimento, visto que tais situações não deveriam justificar a prisão preventiva, por não serem necessárias aos fins do processo.

Em uma tentativa de conceituação de *ordem pública*, alguns julgados tentam delinear esta como sendo a paz, a tranquilidade no meio social, entre outras representações. Entretanto, a expressão é vaga, admitindo, portanto, a compreensão de diversas situações. Alguns autores chegam a abordar a questão de forma sumária, reconhecendo a expressão *garantia da ordem pública* como necessária para manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito, cabendo ao Judiciário determinar o recolhimento do agente, quando visualizado o binômio *gravidade da infração e repercussão social*.

Atualmente, no Brasil, a prisão para a garantia da ordem pública está prodigalizada como uma panacéia para curar a ânsia de segurança do povo.

Neste caso, a prisão preventiva perde o seu caráter de providência cautelar, constituindo-se em verdadeira medida de segurança.²⁰⁴ Entende-se por inconstitucionais, como verdadeira afronta ao princípio de inocência, decisões que visem garantir a *ordem pública*. É que este requisito legal reveste-se de um caráter amplo, aberto e carente de rígidos critérios de constatação, sendo, dessa forma, facilmente enquadrado em qualquer hipótese. A ordem pública, por assim dizer, é fundamento invocável, sob diversos pretextos, para se decretar a prisão preventiva, fazendo-se total abstração de que ela é uma coação cautelar – sem cautelaridade, não se admite, à luz da Constituição, prisão provisória.

Como declara Luiz Roberto Faggioni, a gravidade do crime que seria entendida como manifestação da periculosidade de seu autor consentiria na decretação da custódia cautelar. No entanto, revela o autor a violação ao princípio da inocência, em que o acusado seria perigoso “justamente porque se presume ter ele praticado o crime grave de que é acusado”.²⁰⁵

Cumprе ressaltar que o critério deve ser a possibilidade de perda da liberdade em decorrência da sentença condenatória. Sendo assim, a prisão preventiva somente pode ser decretada se, através de um juízo prévio, concluir-se que, se condenado, pode o suspeito ou o réu, vir a perder a sua liberdade. Ocorre que isto, por si só, não basta, sendo necessário o

²⁰³ Nesse sentido, julgou o STF: “HC 93913/SC. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. Prisão preventiva. Preservação da ordem pública e garantia da aplicação da lei penal. Necessidade da medida extrema de cerceio da liberdade, a fim de evitar reiteração criminosa e face à possibilidade de fuga do paciente. Fundamentação idônea demonstrando, concretamente, a necessidade da custódia cautelar. Habeas corpus indeferido”.

²⁰⁴ MARQUES, 1965, *op. cit.*, p. 50.

²⁰⁵ FAGGIONI, 2003, *op. cit.*, p. 140.

cumprimento dos requisitos da prisão preventiva, pois, ao contrário, não haveria cautelaridade e sim antecipação de pena – por certo, vedada pelo princípio da inocência.²⁰⁶

Diante disso, a gravidade do delito não implica que o suspeito seja o autor do ilícito, embora, sendo grave o delito, através do princípio da proporcionalidade, deve ensejar uma pena que poderá gerar a perda da liberdade de seu autor. Logicamente, a gravidade aproxima a possibilidade de decretação da prisão preventiva, porém não a determina, uma vez que se apresentam como necessários ainda a presença dos pressupostos, a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria, além da comprovação da necessidade da medida.

Sob este aspecto, constata-se que a prisão preventiva não pode cumprir a função da prisão em decorrência de sentença condenatória.

Aury Lopes Jr. reconhece serem inconstitucionais as prisões preventivas que visem garantir a ordem pública ou a ordem econômica, por não estarem dotadas de cautelaridade.²⁰⁷

Tanto o alarma social oriundo da gravidade do delito quanto a prática de novas infrações, não obedecem ao pressuposto do *periculum libertatis*, e remetem à prisão provisória uma dupla função: por uma parte, de *prevenção geral*, com a finalidade de satisfazer as demandas sociais de segurança ou de acalmar a intranquilidade cidadã, o que ultrapassa os requisitos específicos de uma medida cautelar e a transforma em uma *pena antecipada* à própria condenação; por outra parte, trata-se de realizar uma função de *prevenção especial* de tutela da coletividade localizada fora dos limites constitucionais, ou seja, de isolar o sujeito considerado perigoso para evitar o cometimento de novos delitos, ao qual coincide com as características próprias das medidas de segurança.²⁰⁸

Trata-se, pois, de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-a indevidamente como medida de *segurança pública*. Quando se mantém uma pessoa presa em nome da ordem pública, diante da reiteração de delitos e do risco de novas práticas, está-se atendendo não ao Processo Penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e à fundamentação do Processo Penal.

Observa-se que algumas legislações de emergência têm regulado a prisão preventiva como medida de polícia baseada na simples suspeita. Elas convertem a medida cautelar em uma medida policial arbitrária e abusiva, incompatível com o sistema de direitos fundamentais do Estado Social e Democrático de Direito. No Estado Autoritário ou de Polícia, a preocupação exclusiva pela eficácia acarreta a supressão dos direitos fundamentais e

²⁰⁶ FAGGIONI, 2003, *op. cit.*, p. 141.

²⁰⁷ LOPES JÚNIOR, 2004, *op. cit.*, p. 203.

²⁰⁸ SANGUINÉ, 2003, *op. cit.*, p. 136.

produz a manipulação do próprio processo, que, de instrumento e de lugar de verificação da imputação, converte-se em momento de realização da eficácia do Direito Penal. A função judicial não passará de uma função *longa manus* do Estado de mera Administração.²⁰⁹ A independência judicial transforma-se, pois, em uma mera função executiva, contradizendo a cultura garantista que caracteriza o sistema de direitos fundamentais, em que, no âmbito da jurisdição, os fins nunca justificam os meios, e no qual a idéia da Justiça exige o Direito como categoria ética.²¹⁰

Partilhamos do entendimento de Manzini, ao admitir que a custódia preventiva não tem por fim servir de exemplo, eis que é um atributo exclusivo da pena. Seria um absurdo admitir que a prisão preventiva seja decretada para servir de exemplo, já que ela é ordenada contra o *imputado*, ou seja, uma pessoa que ainda goza do estado de inocência.²¹¹

Aury Lopes Jr. refere ser inadmissível a “prisão preventiva sob o argumento de “perigo de reiteração” de condutas criminosas”, pois desta forma estaria o julgador realizando um “exercício de vidência” ao quantificar o grau de periculosidade que o acusado possui; além disso, é um “diagnóstico absolutamente impossível de ser feito, é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros”.²¹²

Deste modo, é importante ainda analisar que a lei n.11.340 de 2006 alterou a redação do artigo 313 do CPP, incluindo novo inciso, tornando possível a decretação da clausura preventiva nos casos de *crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher*. Tal alteração acarreta equivocada e inversa finalidade cautelar, constituindo-se em novo fundamento (disposto fora do artigo 312 do CPP), capaz de ensejar a prisão preventiva, que além de não possuir o seu fim relacionado com a garantia do processo e com a da aplicação da pena, passa a existir com a finalidade de garantir – como se isso fosse possível no Processo Penal – de forma efetiva os direitos da vítima da violência doméstica e familiar. Dessa sorte, para que a medida seja decretada com base nesta fundamentação é indispensável ainda que estejam presentes os requisitos do artigo 312.

Para que não fosse violado o Estado de Direito, melhor seria que se implementasse uma efetiva política pública de bem-estar social, constituída de medidas integradas que

²⁰⁹ Agambem refere que a abolição provisória da distinção entre Poder Legislativo, Executivo e Judiciário é uma das características essenciais do estado de exceção, como tendência de tornar-se prática duradoura de governo, com o risco de esses institutos, transformarem-se em sistemas totalitários. Ver: AGAMBEM, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 19-20.

²¹⁰ SANGUINÉ, 2003, *op. cit.*, p. 169.

²¹¹ MANZINI, 1952, *op. cit.*, p. 629.

²¹² LOPES JÚNIOR, 2004, *op. cit.*, p. 203.

fossem desde a prevenção até a proteção. É claro que este tipo de política demanda tempo, não ocorre em curto prazo e, pior, não dá voto.

Em relação ao sistema constitucional hispânico, Odone Sanguiné verifica que o conceito de ordem pública tem sido utilizado pelos Poderes Públicos como cláusula geral a fim de se justificar a adoção de ‘medidas necessárias’, para assegurar a manutenção da paz pública ou da convivência social pacífica e ordenada dos cidadãos dentro do grupo social, frente a todo tipo de ameaças ou de perturbações, com a independência de que o ordenamento jurídico tenha estabelecido uma resposta adequada para isso.²¹³

Tanto na Espanha como aqui no Brasil, a política penal de ordem pública constitui um autêntico discurso fechado: apela-se ao problema da delinquência e do terrorismo para ‘cercar’ pela via excepcional qualquer ruptura da normalidade. A questão fundamental da política penal da ordem pública consiste no binômio ‘normalidade-excepcionalidade’ e a sua antinomia reside no Estado de Direito.²¹⁴

Frente às grandes incertezas sobre a ordem pública, a doutrina espanhola atual contrapõe duas acepções: por um lado, o conceito de *orden pública material* (em sentido estrito ou concreto), na acepção mínima de segurança e de incolumidade, de tranquilidade pública, material e exterior “*ordre dans le rue*” (a mera ordem da rua), vale dizer, condição pacífica de uma convivência imune a atos de violência ou à subversão, a motins, a revoltas, e a outros tipos; por outro lado, o conceito de *orden pública ideal* (normativo, formal ou abstrato), de maior amplitude e mais restritivo da liberdade, entendendo-se como tal o respeito à ordem constitucional ou ao ordenamento jurídico, ou ainda, o conjunto de critérios éticos, políticos e econômicos, por si só não-jurídicos, porém necessários para assegurar a obediência às instituições vigentes.²¹⁵

Na medida em que o conceito de ordem pública é uma fórmula indeterminada e que se supõe uma restrição do âmbito da liberdade dos cidadãos, ainda quando se encontra fixado na Constituição, devido à perigosa potencialidade expansiva pró-autoritária, deve ser objeto de uma *interpretação restringida* e excepcional em todos os casos em que opere como limite na Constituição Espanhola.²¹⁶ (Grifo do texto)

²¹³ SANGUINÉ, 2003, *op. cit.*, p. 171.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 173.

²¹⁵ BARILE *apud Id.*, 2003, *op. cit.*, p. 174.

²¹⁶ ÁLVAREZ GARCÍA *apud Ibid.*, p. 174-175.

Na concepção de Sanguiné, o conceito de ordem pública *material*, conceituado como *ordre dans le rue*, é o mais ajustado ao sistema de direitos fundamentais. A categoria da ordem pública, entendida como atividade limitadora dos direitos fundamentais, é o fundamento da atividade de polícia, de maneira que representa um atentado à taxatividade das normas constitucionais que estabelecem e que garantem a liberdade; entretanto, a concepção democrática reconhecida na Constituição vigente considera a ordem pública mais como proteção do cidadão que como restrição de direitos fundamentais.²¹⁷

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, Julio Banacloche Palao reconhece que a noção de *ordem pública material* identifica-se com a mera *ordem externa da tranqüilidade cidadã externa*, como um dos elementos que configuram o conteúdo da ‘segurança pública’, no entanto não englobaria aquelas atuações que se vinculam à criminalidade, mas sim aquelas outras que têm caráter organizativo ou regulador. A função de preservar e de manter a ordem pública atribui-se fundamentalmente à polícia.²¹⁸

Por sua vez, a *segurança cidadã* seria uma situação que se caracteriza pela proteção do livre exercício dos direitos e das liberdades dos cidadãos, através da ação preventiva ou repressiva da criminalidade que desenvolvem as forças de polícia.²¹⁹

Por isso, unicamente é defensável uma concepção restrita ou material de ordem pública, equivalente à noção de segurança pública, caracterizada como a manutenção da tranqüilidade pública externa ou a mera ordem na rua (que se concretiza em distúrbios sociais ou em atos de violência), sendo rechaçada, pelo contrário, a noção ideal de ordem pública no sentido de respeito ao ordenamento jurídico dirigido a assegurar a obediência às instituições vigentes. Sua indeterminação acarreta uma aplicação arbitrária e produz rupturas nos sistemas de liberdade em potencial afronta ao princípio da legalidade.²²⁰

A prisão provisória não pode ter como finalidade a proteção da ordem pública, já que converteria aquela em uma instituição policialesca. Todavia, a tutela da ordem pública deveria ficar exclusivamente sob a tutela do Poder Executivo.

²¹⁷ SANGUINÉ, 2003, *op.cit.*, p. 177.

²¹⁸ BANACLOCHE PALAO, 1996, *op. cit.*, p.197-198.

²¹⁹ SANGUINÉ, 2003, *op. cit.*, p. 180.

²²⁰ *Ibid.*, p. 188.

2.3.2 Garantia da ordem econômica

Aquilo que se disse a respeito da prisão preventiva para garantir a ordem pública é cabível para a garantia da ordem econômica, pois a expressão *garantia da ordem econômica*, conforme afirmado por Paulo Rangel quis permitir a prisão do autor do fato-crime que perturbasse o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso de poder econômico. Entrementes, é perceptível que as finalidades de garantia da ordem pública e econômica não são cautelares, uma vez que não guardam nenhuma vinculação com o processo, não tutelam a pretensão satisfativa e não indicam urgência. Seus fins são inegavelmente extraprocessuais, não possuindo caráter cautelar: elas representam deste modo, a antecipação de pena.²²¹

Esta expressão *garantia da ordem econômica* foi incluída no Código de Processo Penal através da Lei n. 8.884, de 1994, criando mais esse preceito autorizador da decretação de prisão preventiva.²²² Com o intuito de estipular regras para a organização da economia estatal, esse fundamento foi introduzido para proteger o Estado de crimes financeiros, tributários, entre outros, tudo isso, com vistas a minimizar os abusos e as injustiças ocasionados contra as classes oprimidas.²²³

Tal previsão já havia sido mencionada no artigo 30 da Lei n. 7.492/86, que cuida dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (popularmente conhecida como Lei do Colarinho Branco), através da decretação de prisão preventiva em razão da *magnitude da lesão causada*. Entretanto, a decretação da prisão preventiva não serve para amenizar os efeitos da *magnitude da lesão* ocasionada pelo suposto autor.

Delmanto Junior afirma que o legislador, ao incluir a preservação da ordem econômica como motivo autorizador da decretação da prisão preventiva, demonstrou o interesse em

²²¹ RANGEL, 2005, *op. cit.*, p. 629.

²²² Embora esse preceito tenha alterado a redação do artigo 312 do Código de Processo Penal, no Brasil, a ordem econômica passou a ter relevo constitucional desde a Constituição de 1934. Na Magna Carta de 1998, aquela é regulamentada no artigo 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²²³ DELMANTO JUNIOR, 2001, *op. cit.*, p. 189.

abarcar crimes que envolvessem grandes golpes no mercado financeiro ou ainda no mundo das decisões daqueles que presidem enormes grupos empresariais.²²⁴

Como podemos analisar, constata-se mais uma vez a presença do binômio *gravidade da infração + repercussão social* neste fundamento da prisão preventiva, de maneira a garantir que a sociedade fique tranqüila pela atuação do Judiciário no combate à criminalidade invisível dos empresários e dos administradores de valores, especialmente os do setor público.

Considerando-se o Processo Penal de emergência dos dias atuais, que visa satisfazer uma demanda crescente e insaciável de segurança da mídia e da população, decisões baseadas na garantia da ordem econômica objetivam pressionar os magistrados e os juristas com a finalidade de que se adotem as prisões provisórias como punições antecipadas, a fim de demonstrar para todos que as instituições estão “funcionando e coibindo a prática delitiva”.²²⁵

Além do mais, Aury Lopes Jr assevera que as medidas cautelares são instrumentos a serviço do processo, visto como instrumentalidade, de modo que só é cautelar aquela medida que servir àquele – conseqüentemente, somente o que for verdadeiramente cautelar será constitucional. Isto porque, em ambas as hipóteses (garantia da ordem pública ou garantia da ordem econômica), há a violação ao princípio da inocência, já que pressupõe a culpa do suspeito ou do acusado.²²⁶

Deve-se destacar que a justificativa “ordem econômica” para a decretação da prisão preventiva tem embasado uma série de medidas autoritárias, mormente contra indivíduos de elevado padrão econômico e, diga-se, menos por necessidade do processo e mais por preconceitos ideológicos.²²⁷ Neste sentido, Maria Lúcia Karam introduz o conceito de Esquerda Punitiva na análise do discurso que tende a criminalizar ou a penalizar os membros das classes dominantes, postulando reações punitivas de maior eficiência na repressão, de modo a reconhecer esta como a forma adequada para combater a corrupção e a impunidade de seus autores. Contudo, adverte a autora: “Quando a esquerda insiste em apresentar soluções imediatas, elas são as mesmas da direita. Aliás, soluções imediatas não são soluções”.²²⁸

Sendo assim, não resta dúvida de que nessas hipóteses a prisão cautelar afasta-se, por completo, de sua natureza instrumental, transformando-se em meio de prevenção especial e geral e, portanto, em punição antecipada,

²²⁴ DELMANTO JUNIOR, 2001, *op. cit.*, p.191.

²²⁵ WEDY, Miguel Tedesco. A prisão em flagrante e a prisão preventiva: uma análise crítica. In: FAYET JÚNIOR, Ney; WEDY, Miguel Tedesco (Orgs.). **Estudos Críticos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 152.

²²⁶ LOPES JÚNIOR, 2004, *op. cit.*, p. 202.

²²⁷ WEDY, 2004, *op. cit.*, p. 155.

²²⁸ CLEINMAN, Beth. A Esquerda Punitiva: entrevista com Maria Lúcia Karam. **Revista de Estudos Criminais**, n. 1, p. 13-15, 2001.

uma vez que uma medida cautelar jamais pode ter como finalidade a punição e a ressocialização do acusado para que não mais infrinja a Lei penal, bem como a conseqüente desestimulação de outras pessoas ao cometimento de crimes semelhantes, fins exclusivos da sanção criminal.²²⁹

Nesse sentido, na opinião de Eugênio Pacelli de Oliveira, quando há risco contra a ordem econômica, a medida cautelar mais adequada é o seqüestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração, preservando-se assim a ordem financeira.²³⁰

2.3.3 Conveniência da instrução criminal

A conveniência da instrução criminal caracteriza-se como a garantia do devido processo legal, no seu aspecto procedimental, de modo que a instrução seja realizada de maneira lisa, equilibrada e imparcial; esta modalidade reveste-se, pois, como verdadeira e legítima circunstância capaz de tornar efetiva a decretação da prisão preventiva. Neste viés, é legítima a decretação da prisão preventiva quando o agente, em liberdade, ameaçar as testemunhas, tentar subornar o perito, ameaçar o juiz ou o promotor de justiça, destruir documentos, por exemplo.²³¹

Para Perfecto Ibañez, a prisão cautelar por ameaça ao material probatório é aquela que menos estigmatiza o sujeito passivo, pois a assimilação de imputado a culpável dá-se em grau menor.²³²

Neste fundamento deve-se reconhecer o expresso interesse na possibilidade de conhecimento o mais completo possível acerca da hipótese acusatória, tutelando o próprio conteúdo do Processo Penal. Assegura-se, assim, pelo encarceramento preventivo do imputado a pureza da prova, a fim de que, mantendo-se preservada da atuação destruidora do acusado, possa ser colhida com segurança.²³³

Salvaguardar a aquisição probatória, suscetível a comprometer ou a contaminar, é necessidade tipicamente processual, enquanto haja relação com a finalidade do processo. Este

²²⁹ DELMANTO JUNIOR, 2001, *op. cit.*, p. 192.

²³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 416.

²³¹ RANGEL, *op. cit.* 2005. p. 629.

²³² IBAÑEZ *apud* WEDY, 2004, *op. cit.*

²³³ FAGGIONI, 2003, *op. cit.*, p. 138.

último tende a reconstruir o objeto da imputação: a sua reconstrução só é possível desde que a fonte da prova não tenha sido prejudicada, ocultada ou alterada a sua origem.²³⁴

Vale mencionar aqui que a necessidade de prevenir a deterioração das provas não deve ser confundida com a de interrogar o imputado e até mesmo com a de obter-lhe a confissão no segredo da investigação. O interrogatório do imputado, em uma visão não-inquisitória de processo, não é uma necessidade da acusação, mas sim um direito de defesa, que deve servir não apenas para formar prova de culpabilidade, mas somente para contestar a imputação e para permitir a defesa do acusado.²³⁵

No entendimento de Ferrajoli, a única necessidade processual justificável através da adoção do encarceramento preventivo seria para preservar a não-deterioração das provas antes do primeiro interrogatório. Neste aspecto, a condução coercitiva do acusado frente ao juiz asseguraria o bom andamento da instrução, com a detenção do imputado durante o tempo estritamente necessário para interrogá-lo em uma audiência preliminar ou em um incidente probatório e talvez para realizar as primeiras averiguações sobre as suas justificativas.²³⁶

Assim, aqueles aspectos humilhantes e aflitivos do sistema punitivo ficariam reduzidos. A única notícia que seria veiculada ao público é a de que um cidadão foi trazido à presença do magistrado para ser interrogado sobre um crime.

Todavia, depois do interrogatório e da imediata apreciação dos argumentos defensivos, a custódia do imputado não mais se justificaria. Excluída a função de conservação das provas, o prolongamento da detenção não pode ter outro efeito que o de colocar o imputado em uma condição de submissão, de colocar obstáculos à sua defesa ou de induzi-lo eventualmente à confissão.²³⁷

Certamente, sobretudo para alguns crimes graves, existe o perigo de que, mesmo após o primeiro interrogatório e das primeiras averiguações, o imputado adultere as provas. Contudo, conforme observa Ferrajoli, nenhum valor ou princípio é satisfeito sem custos. E esse é um custo que o sistema penal, se quiser salvaguardar a sua razão de ser, deve estar disposto a pagar.²³⁸

Pensamos que, mesmo no caso de ameaça ao material probatório, antes da prisão provisória, poderiam e deveriam ser tomadas medidas alternativas, com o propósito de minorar a estigmatização e a violência sofridas pelo sujeito passivo.

²³⁴ DALIA; FERRAIOLI, 2001, *op. cit.*, p. 297.

²³⁵ FERRAJOLI, 2006, *op. cit.*, p. 512-513.

²³⁶ *Ibid.*, p. 515.

²³⁷ *Ibid.*, p. 513.

²³⁸ *Ibid.*, p. 515.

É clara, portanto, a cautelaridade que envolve esta hipótese da prisão preventiva, que tem por fim não mais do que garantir o regular desenvolvimento do processo. Aqui não há tutela de interesse da parte, mas sim da eficiência do processo. Não se antecipa o efeito condenatório almejado pelo agente acusador, mas sim se possibilita que sirva o processo ao advento do provimento definitivo, seja com a condenação, seja com a absolvição.

Para ser coerente com o sistema de garantias previstos na Constituição, o único motivo que pode em Justiça fundamentar a prisão provisória do imputado é o de evitar a sua possível fuga e a conseguinte frustração do processo. Se não existem riscos em tal sentido, não se deveria decretar nunca esse tipo de medida. Em consequência, a prisão provisória somente deveria ser adotada em circunstâncias excepcionais, e em nenhum caso por critérios alheios ao correto desenvolvimento do Processo Penal posterior.²³⁹

2.3.4 Garantia da aplicação da lei penal

Na garantia de aplicação da lei penal, procura-se a garantia da eficácia do provimento definitivo, custodiando-se provisoriamente o acusado a fim de que permaneça à disposição para que, advindo o provimento final condenatório, possa ser executado. Garante-se, dessa forma, a efetividade do provimento principal, servindo a prisão preventiva à garantia da realização da tutela principal, possibilitando-se, assim, que se opere a tutela de execução.²⁴⁰

Em outras palavras, assegurar a aplicação da lei penal significa garantir a finalidade útil do Processo Penal, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir.

Constata-se no caso de iminente fuga do agente do distrito da culpa, inviabilizando a futura execução da pena, que há um sério risco à eficácia da futura decisão se ele permanecer solto até o final do processo, diante de sua provável evasão, ou, como afirma Rangel, quando o imputado livra-se de seu patrimônio com o intuito de evitar o “ressarcimento dos prejuízos pela prática do crime”.²⁴¹

Dessa maneira, serve a prisão preventiva, com tais finalidades, à supressão ou, ao menos, à minimização de risco, à utilidade do processo e à efetividade do provimento final, se

²³⁹ BANACLOCHE PALAO, 1996, *op. cit.*, p. 382-383.

²⁴⁰ FAGGIONI, 2003, *op. cit.*, p. 139.

²⁴¹ RANGEL, 2005, *op. cit.*, p. 629.

for evidenciada a sua natureza cautelar e conforme os princípios constitucionais referentes à medida.

Contudo, tanto na hipótese de prisão preventiva para a conveniência da instrução criminal como para o asseguramento da aplicação da lei penal, verifica-se clara finalidade de garantia da efetividade do processo, eis que visa, a primeira, assegurar que o processo se desenvolva de modo plenamente útil, capacitando o seu exercício eficiente como instrumento de conhecimento e de verificação da hipótese acusatória, ao objetivar a segunda, garantia de eficácia do provimento final buscado, entendendo-se a execução como tal.

Seguindo esta linha de raciocínio, Frederico Marques avalia que a privação da liberdade individual do imputado somente é justificada racional e politicamente quando for necessária para se garantir os fins do Processo Penal.²⁴²

Sob um outro prisma, Ferrajoli justifica como infundado o perigo de fuga do imputado, visto que esse perigo, com efeito, é principalmente provocado, mais que pelo medo da pena, pelo medo da prisão preventiva. Se não houvesse essa perspectiva, o imputado, ao menos até a véspera da condenação, teria ao contrário todo interesse em não se refugiar e em se defender. O autor ainda propõe que o encarceramento preventivo poderia ser substituído pela mera “detenção”, ou seja, o isolamento do acusado para que seja colocado sob custódia do tribunal pelo tempo estritamente necessário, para que seja interrogado, realizando-se as primeiras comprovações acerca do fato. Para Ferrajoli, esse isolamento não duraria mais do que horas ou no máximo dias, não meses e tampouco teria o impacto estigmatizante da prisão preventiva.²⁴³

As decisões que denegam a liberdade do acusado necessitam estabelecer ou caracterizar a *realidade do risco de fuga*, pois esse risco diminui necessariamente na mesma proporção que a prisão preventiva se prolonga no tempo. As decisões judiciais devem explicar os motivos pelos quais julgam determinante o perigo de fuga e a existência de meios para evitá-lo, através, por exemplo, do pagamento de caução ou de uma medida alternativa de controle judicial, em função de um conjunto de circunstâncias adequadas e de natureza provável para confirmar ou não a manutenção da prisão provisória.²⁴⁴

²⁴² MARQUES, 1965, *op. cit.*, p. 641.

²⁴³ FERRAJOLI, 2006, *op. cit.*, p. 512.

²⁴⁴ SANGUINÉ, 2003, *op. cit.*, p. 129-130.

Pode-se dizer que a vulgarização das medidas cautelares pessoais promove e incentiva a fuga de imputados que, em situações normais, aguardariam o processo em liberdade e ficariam à disposição da Justiça.²⁴⁵

Na lição de Ferrajoli, o perigo de fuga do imputado não é realmente um grande perigo:

Primeiramente é bem difícil, em uma sociedade informatizada e internacionalmente integrada como a atual, uma fuga definitiva; e talvez bastasse para desencorajá-la uma vigilância mais intensa ao imputado, sobretudo nos dias precedentes à sentença. Em segundo lugar, a opção de fuga pelo imputado, forçando-o à clandestinidade e a um estado de permanente insegurança, é já por si só normalmente uma pena gravíssima, não muito diversa da antiga *acqua et igni interdictio* prevista pelos romanos como pena capital. Em terceiro lugar, supondo que da fuga não restassem rastros do imputado, ela teria alcançado, na maior parte dos casos, o efeito de neutralizá-lo para a tranquilidade das finalidades de prevenção do Direito Penal.²⁴⁶

Em análise ao modelo processual espanhol, Odone Sanguiné apresenta as circunstâncias concorrentes para se justificar a existência de um perigo de fuga: o comportamento anterior do acusado, a falta de integração na sociedade ou a falta de raízes sólidas no país de residência e de suas relações, ou contatos com o estrangeiro, a transferência de dinheiro ao estrangeiro, a singular oposição do acusado à detenção, garantias suficientes de representação (sua qualidade de comerciante, não possuir antecedentes criminais e o fato de ser conhecido como pessoa honrada), o caráter de interessado, a sua moralidade, o seu domicílio, a sua profissão, seus recursos, laços familiares e de qualquer natureza com o país em que está sendo processado. Essas circunstâncias devem ser sempre valoradas conforme o caso concreto.²⁴⁷

Desta forma, a doutrina espanhola indica os seguintes pressupostos justificativos do perigo de fuga:

- a) a gravidade do delito, que constitui uma autêntica presunção legal de não-comparecimento e aparece como elemento valorativo quase único, automático e suficiente para decretar a medida;
- b) as características do delito, por sua natureza, e a margem de sua gravidade podem servir para presumir certo perigo de fuga;

²⁴⁵ WEDY, 2004, *op. cit.*, p. 150.

²⁴⁶ FERRAJOLI, 2006, *op. cit.*, p. 515.

²⁴⁷ SANGUINÉ, 2003, *op. cit.*, p. 130.

- c) as circunstâncias do fato: atenuantes ou agravantes, outras formas distintas de cometimento do delito;
- d) as circunstâncias do acusado: são as relativas aos antecedentes do mesmo;
- e) o não-comparecimento ao chamamento judicial: quando o acusado não comparece à chamada judicial sem motivo legítimo que o impeça;
- f) a incidência do transcurso do tempo: o Tribunal Constitucional Espanhol tem declarado que o risco de fuga vai reduzindo-se com o passar do tempo, ao diminuir as conseqüências punitivas que pode sofrer o preso preventivo.²⁴⁸

Na Itália, conforme Andrea Dalia e Marzia Ferraioli, o perigo de fuga deve ser concreto, objetivo e efetivo, estando em conformidade com a realidade fática, não bastando a mera suposição. Nessa hipótese, todavia, é necessário, pelo menos, que o acusado mantenha contato com pessoa residente no exterior, que possua uma rotina de viagens e disponibilidade econômica para tanto, de modo que possa concretamente levantar a hipótese de fuga.²⁴⁹

Em certas ocasiões poderiam ser adotadas medidas cautelares alternativas, principalmente quando se tratar de crimes contra a ordem econômica ou tributária ou no caso dos delitos por improbidade administrativa ou financeira, nos quais medidas cautelares reais, como o seqüestro e o arresto de bens, acarretariam um resultado mais benéfico e menos restritivo de garantias. A utilização da prisão domiciliar também poderia ser uma alternativa, visto que, enquanto mantém o sujeito sob a vigilância do Estado, impede o estigma de ter estado no cárcere.²⁵⁰

Por fim, argumenta Aury Lopes Jr.²⁵¹ que manter o imputado em liberdade, integrado, trabalhando e desenvolvendo as suas atividades dentro de um certo nível de normalidade, é infinitamente mais útil para todos do que mantê-lo no cárcere. Em último caso, para situações realmente excepcionais, aí sim se lançaria mão da privação de liberdade.

²⁴⁸ SANGUINÉ, 2003, *op. cit.*, p. 131-132.

²⁴⁹ DALIA; FERRAIOLI, 2001, *op. cit.*, p. 299.

²⁵⁰ WEDY, 2004, *op. cit.*, p.151.

²⁵¹ LOPES JÚNIOR, 2004, *op. cit.*, p. 212-213.

3 DIREITO AO PRAZO RAZOÁVEL NA DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

“El simple comienzo y tanto más el desarrollo del proceso penal causan sufrimiento; sufrimiento del inocente que es, lamentablemente, el costo insuprimible del proceso penal”.

Francesco Carnelutti

3.1 DA RAZOABILIDADE DO PRAZO

Conforme já foi analisado na primeira parte deste texto, o homem, como ser finito, apresenta a sua atividade relacionada diretamente ao tempo. A medição disso rege todos os aspectos da vida cotidiana e, como não poderia ser diferente, regula o próprio processo. Considerado como uma marcha gradual, como um avanço em direção a uma prestação jurisdicional procurada, assim, pois, os prazos devem ser estabelecidos em horas, dias, meses e anos.²⁵² Mais do que nunca, os atos processuais giram em torno do tempo.

Reconhece-se, como regra geral, que prazo é o espaço de tempo dentro do qual deve ser realizado um ato processual. Com efeito, “prazo”, no Direito Processual Penal, é toda condição do tempo posta ao exercício de uma determinada atividade processual. Com relação ao prazo razoável, isto quer dizer que todo o processo propriamente dito, como conjunto máximo da atividade processual, deve ser realizado dentro do tempo fixado como razoável. Dito de outra maneira, o prazo razoável é aquele período unicamente dentro do qual pode ser levado a cabo um Processo Penal adequado ao Estado de Direito.²⁵³

Assegurar que o processo seja realizado dentro de um prazo prévio significa preservar a segurança jurídica, que, para Fauzi Hassan Choukr, deve ser conferida pela racionalidade e a pela sistematização (critérios), algo que não pode ser apresentado no mundo dos fatos, mas que se enquadra bem no mundo dos sentidos. Para diminuir a incerteza que vive pulsante no ser humano, fruto que é de sua própria condição, o Direito gravita em torno do objetivo de conferir expectativas de comportamento. Afirma o referido autor que a construção da racionalidade deve conferir coerência ao sistema, ao articular os antagonismos do meio social e extrair uma regra que seja fruto do menor dissenso possível e, portanto, aceitável por uma maioria estável: “Quando o sistema alcança tal situação de consenso, pode-se dizer que foi

²⁵² GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Prazos no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 13.

²⁵³ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 413-414.

atingido um patamar de legitimidade, consubstanciando assim uma regra de maioria que é pelo menos um dos pontos nos quais está assente o Estado Democrático (embora não seja o único)”²⁵⁴.

Deste modo, o prazo razoável, uma vez inserido no ordenamento jurídico, apresenta-se como uma conquista irreversível do pensamento democrático, sendo que apenas critérios determinados pela dogmática jurídico-penal tornam possível, ao assinalar limites e definir conceitos, uma aplicação segura, calculável do Direito e do Processo Penal, subtraindo-lhe a irracionalidade, a arbitrariedade e a improvisação.²⁵⁵

Na lição de José Carlos Teixeira Giorgis, os atos processuais devem realizar-se dentro de determinados limites de tempo, atendendo, por sua vez, a dois interesses distintos: o interesse público que exige ordem em juízo para pronta decisão e, de outro lado, o interesse particular, dando-se às partes lapso suficiente para assegurarem os seus direitos. Para esse autor, o espaço que decorre entre dois momentos, essas frações de tempo em que os atos devem realizar-se, é que constituem os prazos.²⁵⁶

Daniel Pastor declara que *prazo razoável* é a expressão mais significativa que utiliza a dogmática dos direitos fundamentais para regular a prerrogativa do imputado a que o seu processo se encerre o mais breve possível. É bem verdade que existem formulações específicas que nos dizem sobre uma garantia judicial segundo a qual toda pessoa perseguida penalmente deve ser julgada rapidamente, dentro de um prazo razoável, sem dilações indevidas ou injustificadas; entretanto, o desejo de que os processos tenham uma duração o mais curta possível é uma admissão do princípio da celeridade processual.²⁵⁷

Sabe-se que as queixas pela lentidão da Justiça não são novas e, são, por alguns autores, tachadas inclusive como os mais velhos males da Administração da Justiça. Costuma-se dizer que a gravidade da situação permite qualificá-la como endêmica: quase não há Processo Penal que seja concluído em tempo racionalmente tolerável. Na Roma antiga já

²⁵⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 14-15, 22. “Razão [...] é uma forma de domesticar o exercício do poder, entendido este poder no plano da organização do Estado. Tem este conceito, portanto, um caráter instrumental, cuja essência é dada pelo conteúdo ético da sociedade. Há, pois, valores que pairam acima da idéia de razão, dando vetores de comportamento para a racionalidade e, por consequência, para a organização do Poder do Estado. Não se descure da origem latina da palavra, onde também significa relação, algo que une emissor e receptor no discurso comunicacional. Neste senso razão aparece impregnada de uma inegável carga valorativa”. *Ibid.*, p.15-16.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 24.

²⁵⁶ GIORGIS, 1991, *op. cit.*, p. 14.

²⁵⁷ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 47, 99.

havia considerações a respeito disso, como a Constituição de Justiniano, a fim de que “os litígios não sejam intermináveis nem excedam a duração da vida dos homens”.²⁵⁸

Uma das principais manifestações da crise da Justiça contemporânea é a incapacidade do aparato judicial de enfrentar o problema do acúmulo de processos, tendo como conseqüência lógica a lentidão cada vez maior na resolução dos casos e a defasagem da imagem do sistema, considerado ineficiente.²⁵⁹

Seguindo esta linha de raciocínio, José Rogério Cruz e Tucci comenta que o fator temporal perpassa todo o processo judicial e é a principal razão da crise do Judiciário, na sua incapacidade de dar respostas efetivas e em prazo razoável às questões que lhe são submetidas.²⁶⁰ Neste sentido, a lentidão dos órgãos judiciários é considerada um sinal de fracasso da função jurisdicional do Estado.

3.2 PRAZO RAZOÁVEL E AS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITO

Se a Segunda Guerra Mundial significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. Sendo assim, a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, começa a ser delineado o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de importantes tratados de proteção dos direitos humanos, de alcance global (emanados da ONU) e regional (emanados dos sistemas europeu, interamericano e africano); visavam, pois, proporcionar a maior efetividade possível na tutela e na promoção de direitos fundamentais.²⁶¹

O primeiro documento a lançar vista sobre esta questão foi a Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950. O art. 6, §1º, estabelece uma disposição genérica, prevendo o direito a um julgamento no prazo razoável, e uma disposição específica para o Processo Penal, determinando que a conseqüência do não-julgamento no prazo razoável será o desencarceramento do acusado preso cautelarmente.

²⁵⁸ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 49, 67. Extraído pelo autor de *Constitutio Properandum* (Código, Libro III, Título I, Ley 13, Proêmio), onde se indica que a lei limitou a duração das causas penais a dois anos.

²⁵⁹ RICO, 1997, *op. cit.*, p. 208.

²⁶⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 16.

²⁶¹ GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 5.

Tal disposição parte da idéia de que a prisão provisória é o problema mais grave e difícil do Processo Penal, visto que pressupõe um grave prejuízo para a pessoa do imputado e para a sociedade. Deste modo, o convênio europeu optou por limitar a prisão provisória em relação ao prazo razoável, porém sem estipular um tempo em concreto.²⁶²

Posteriormente, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966, também estabeleceu a necessidade de um julgamento do Processo Penal em um prazo razoável. Em seu art. 14, n. 3, c, pela primeira vez, foi empregada a expressão *sem dilações indevidas*.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), por seu turno, enfatiza que “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável [...]” (art. 8.1). Ao se tratar de preso: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade [...]” (art. 7.5); “Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora [...]” (art. 7.6).²⁶³

Por sua vez, a Comissão Européia de Direitos Humanos (CEDH) intentou estabelecer critérios precisos para a determinação do que se deva entender por prazo razoável, utilizando o “método dos sete critérios”²⁶⁴, de cuja valoração conjunta resulta a quebra ou não do prazo razoável. Contudo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) rechaçou formalmente aquele método e também um específico limite de tempo²⁶⁵, realizando uma apreciação frente ao caso concreto. Nas palavras de Sanguiné: “em cada caso segundo as circunstâncias da causa, as quais são de uma extrema variedade”.²⁶⁶

Todas estas disposições remetem a uma mesma configuração do direito fundamental em análise e possuem os mesmos alcances, no sentido de que o imputado goza de um direito constitucional subjetivo, segundo o qual o seu processo deve finalizar definitivamente dentro de um prazo que assegure um julgamento sem obstáculos.²⁶⁷

²⁶² BARONA VILAR, 1988, *op. cit.*, p. 128.

²⁶³ GOMES; PIOVESAN, 2000, *op. cit.*, p. 243.

²⁶⁴ O chamado método dos sete critérios para a determinação da razoabilidade do prazo caracteriza-se pela: 1) própria duração da detenção; 2) duração em relação à natureza da infração imputada e sua pena prescrita; 3) pelos efeitos de ordem material, físico e psíquico-moral sobre o detido; 4) à conduta do imputado; 5) dificuldades na instrução do caso (complexidade); 6) forma como foi conduzida a instrução; 7) conduta das instâncias judiciais internas. Ver: LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2006, *op. cit.*, p. 40.

²⁶⁵ O TEDH vem considerando que o conceito de ‘prazo razoável’ não pode ser traduzido em um número fixo de meses ou anos (STEDH, caso Stógmüller, de 10 de novembro de 1969).

²⁶⁶ SANGUINÉ, 2003, *op. cit.*, p. 398-399.

²⁶⁷ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 48.

Nessa perspectiva, o TEDH enxugou os referenciais, fixando em três os critérios para a verificação da razoável duração do processo: a complexidade do assunto, o comportamento das partes e de seus procuradores e a atuação do órgão jurisdicional.²⁶⁸

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.²⁶⁹

A CEDH atenta para alguns critérios que dizem respeito à conduta do acusado, principalmente quando, através de sua atitude, tenha feito o possível para retardar a ação. Parece pouco afortunado fazer o acusado responsável pela duração da instrução, tendo em vista que lhe é conferido o direito à defesa e inclusive o direito a não se declarar culpado. Ainda, apresenta-se como uma contradição com o próprio artigo 5-4 da CEDH, já que nele se outorga a todo acusado o “direito a apresentar recurso ante um órgão judicial, a fim de que se pronuncie em breve prazo sobre a legalidade de sua privação de liberdade”.²⁷⁰

Tal atitude faz com que caiba ao imputado tomar ou não a iniciativa para conseguir a tão sonhada liberdade, quando, na realidade, corresponde claramente essa tarefa às autoridades judiciais de ofício. O próprio acusado que sofre a situação de prisão provisória tem o direito a que seu caso seja tratado de forma prioritária e com a rapidez especial e necessária para este caso, já que o sacrifício que dele se exige não deve exceder o razoável, por ser uma pessoa que goza do princípio de inocência.²⁷¹

De acordo com José Carlos Teixeira Giorgis, tais documentos internacionais assinalam a importância do juiz natural, independente e imparcial, bem como a exigência de uma adequada prestação jurisdicional, pois a morosidade não faz coro com o interesse da Justiça e do bem comum.²⁷²

Apesar de todos estes dispositivos de direitos humanos em âmbito internacional, que visam à efetiva proteção dos direitos fundamentais, no entendimento de Daniel Pastor, sempre

²⁶⁸ NOTARIANO JÚNIOR, Antônio de Pádua. **Garantia da razoável duração do processo**: reforma do Poder Judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 60. A Corte Interamericana de Direitos Humanos também faz coro deste referencial, conforme LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2006, *op. cit.*, p.40.

²⁶⁹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro**. 2.ed, rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 257.

²⁷⁰ BARONA VILAR, 1988, *op. cit.*, p. 133-134.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 134, 137.

²⁷² GIORGIS, José Carlos Teixeira. O prazo razoável como conceito indeterminado no Processo Penal. In: FAYET JÚNIOR, Ney; WEDY, Miguel Tedesco (Orgs.). **Estudos críticos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 117.

serão mais convenientes e eficazes os remédios internos dos países, do que se recorrer a um órgão internacional. Aliás, os tratados internacionais não fixam os prazos para a duração dos Processos Penais, estabelecendo esta obrigação aos Estados.²⁷³

Ademais, o próprio o artigo 26 da CEDH determina que o preso preventivo, deve esgotar as vias internas antes que a comissão declare a sua demanda admissível, exercitar novos recursos ante a jurisdição nacional, para que possa ser examinado, a nível internacional, o caráter razoável do período transcorrido em prisão provisória.²⁷⁴

Sendo assim, o Direito Internacional dos Direitos Humanos requer que os Estados contratantes de seus pactos consagrem, em suas legislações, prazos máximos de duração do Processo Penal com aplicação de conseqüências para o caso de violação, de forma tal que estas assegurem a existência daqueles. Ainda, o habitual é que o afetado leve o seu caso ao conhecimento do órgão internacional muito tempo depois de haver sido produzida a violação de seu direito, que se segue até o final do processo de direito interno.²⁷⁵

Estes motivos fundam o caráter mercantilista das decisões dos órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos, dado que, por regra, somente podem pagar pela infração da garantia, mas não evitá-la ou deixá-la sem efeito.²⁷⁶

Diante deste aspecto, Luiz Flávio Gomes refere que o que mais sobressai em conformidade com a valoração doutrinária é a sua total e absoluta inocuidade: os prazos não são, em geral, cumpridos e muito raramente se aplica qualquer sanção processual.²⁷⁷

Neste ínterim, incontáveis razões justificariam a elaboração de um novo texto legislativo que pudesse cumprir uma série de finalidades, destacando-se por dar um sentido mais prático para as expressões “julgamento sem demora”, “prazo razoável” ou “julgamento sem dilações indevidas”, eis que são conceitos vagos, porosos, indeterminados; além de distinguir com clareza que duração irrazoável não significa um simples descumprimento de um prazo processual. Assim sendo, resta necessário, ainda, a contemplação de três importantes garantias: 1) prestacional (que a Justiça reconheça, julgue e execute os casos que lhe são provocados dentro do prazo estabelecido); 2) mandamental (sempre que se constatar infringência à garantia, que se dê prioridade ao julgamento do processo); 3) reparatória (considerando-se a impossibilidade de se restabelecer *in natura* o tempo consumido na

²⁷³ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 353-354, 357.

²⁷⁴ BARONA VILAR, 1988, *op. cit.*, p. 130.

²⁷⁵ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 363, 408.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 409.

²⁷⁷ GOMES; PIOVESAN, 2000, *op. cit.*, p. 243.

“dilação indevida”, não há como deixar essa futura lei de contemplar uma indenização a quem teve violada a garantia do julgamento sem demora excessiva).²⁷⁸

Desta forma, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, através da Resolução n.80 do Comitê de Ministros, de 1980, dirigida aos Estados-Membros, fez as seguintes recomendações: condução sem demora à autoridade judicial; sérias razões para a decretação da medida, tais como a fuga, a obstrução do curso da Justiça e o possível cometimento de um crime grave; prisão provisória somente de maneira excepcional e em delitos especialmente graves; proporcional à pena prevista ao crime; decisão sempre devidamente motivada; o juiz examinará se alguma medida alternativa pode ser aplicada para substituir a prisão; existência de efetiva defesa técnica; direito a recurso e a requerimento de liberdade; a duração da prisão provisional nunca poderá passar os limites objetivos fixados, devendo ser o preso posto imediatamente em liberdade; a prisão provisória deve ser reconsiderada em intervalos curtos de tempo, fixados pela lei ou pelo juiz, devendo ter em conta as modificações ocorridas depois da decisão; prioridade para as ações nas quais haja pessoa presa provisoriamente; o período em prisão provisória deve ser detraído do tempo de pena; procedimento de indenização às pessoas que foram objeto de prisão provisória e que não foram condenadas.²⁷⁹

3.3 PRAZO RAZOÁVEL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Com a Emenda Constitucional n.45 de 2004, ingressou em nosso ordenamento jurídico um novo direito, estabelecido através do artigo 5º, LXXVIII, Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Sobre isso, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Com efeito, trata-se de verdadeiro direito subjetivo público, de índole constitucional, ao qual corresponde a um dever jurídico do Estado em prestar jurisdição em tempo razoável.

A respeito disso, Aury Lopes Jr. afirma que

²⁷⁸ GOMES; PIOVESAN, 2000, *op. cit.*, p. 243-244.

²⁷⁹ BARONA VILAR, 1988, *op. cit.*, p. 162-164.

os principais fundamentos de uma célere tramitação do processo, sem atropelo de garantias fundamentais, estão calcados no respeito à dignidade do acusado [...] 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.²⁸⁰

Refere o autor, que o direito de ser julgado em um prazo razoável vem fundado na expressa vedação constitucional à tortura, ao tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, III, CF).²⁸¹

Na mesma vertente, Rogério Lauria Tucci considera que não pode haver dúvida acerca da determinação do término de qualquer procedimento, especialmente o relativo à persecução penal, em *prazo razoável*. Esse autor ainda acrescenta que o imputado possui, realmente, direito à pronta solução do conflito de interesses de alta relevância social a que os autos se referem, devendo ser apreciado pelo órgão jurisdicional competente.²⁸²

Assim, com a EC/45, fica clara a perspectiva de um direito ao julgamento em um prazo razoável em qualquer área do Direito, e com maior relevância se estivermos tratando de uma prisão provisória. E, partindo-se de tal premissa constitucional, há o direito subjetivo do cidadão e o dever jurídico do Estado, em prestar jurisdição em tempo razoável no processo, sem dilações indevidas.

Entretanto, deve-se ter em mente que um Processo Penal rápido não corresponde às características da Justiça Penal de um Estado de Direito. Daniel Pastor avalia que não há nada mais demonstrativo da arbitrariedade de um procedimento que os juízos sumários ou sumaríssimos em matéria penal; eles impedem, pois, ao imputado o exercício pleno da ampla defesa adequada a uma Constituição democrática. Desta forma, como ponto de partida para a análise do problema da duração do processo e da prisão preventiva, é preciso ter em conta que o Processo Penal do Estado de Direito reclama tempo, a saber, aquele que resulte necessário para satisfazer o exercício de todos os direitos e garantias do acusado.²⁸³

Como bem lembrado por Fabiano Carvalho, o resultado “mais rápido” nem sempre é o mais efetivo, haja vista que a celeridade processual, como um valor que deve presidir a Administração da Justiça, não poderá, claramente, ser erigida de modo a sacrificar outros

²⁸⁰ LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2006, *op. cit.*, p. 14.

²⁸¹ *Id.*, 2004, *op. cit.*, p. 102.

²⁸² TUCCI, 2004, *op. cit.*, p. 252-253.

²⁸³ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 51.

valores que, afinal, são componentes de direitos fundamentais, tais como os do acesso aos tribunais em condições de igualdade e de uma efetividade de defesa.²⁸⁴

Como aufero Roberto Delmanto Junior²⁸⁵,

o fundamento do Processo Penal é a tutela da liberdade jurídica do ser humano, consubstanciando-se, antes de mais nada, em um instrumento da liberdade que surge como complemento dos direitos e garantias individuais, impondo limites à atuação estatal em cumprimento do seu dever de prestar jurisdição.

Mais do que nunca, a excessiva duração do processo impede que o Direito Penal possa alcançar seus fins de forma eficaz, em que a afetação ao princípio da inocência é evidente. Daniel Pastor chama a atenção para o fato de a prisão preventiva constituir-se em uma das questões mais problemáticas do Processo Penal, porque, na verdade, o que mais chama a atenção não é a privação de liberdade processual, mas sim a duração do próprio processo que permite a existência e a persistência da prisão preventiva: *“Si no hubiera proceso alguno cuya duración excediera los dos o tres meses, la prisión provisional sería, salvo para quien sufra ese tiempo de detención injustamente, un problema menor en comparación con su relevancia actual”*.²⁸⁶

São numerosos os ordenamentos constitucionais de outros países que incluem, expressamente, um juízo penal rápido principalmente àquele indivíduo submetido à persecução penal. Todas estas formulações remetem ao direito fundamental que o imputado goza, um direito fundamental subjetivo, segundo ao qual o seu processo deve finalizar definitivamente dentro de um prazo que assegure um julgamento sem dilações indevidas.

José Rogério Cruz e Tucci assevera também que a duração razoável do processo é um direito subjetivo de todos os membros da coletividade de ter uma prestação jurisdicional sem dilações indevidas, sendo que a duração deste não dependeria exclusivamente da dificuldade

²⁸⁴ CARVALHO, Fabiano. EC N.45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 217.

²⁸⁵ DELMANTO JUNIOR, 2001, *op. cit.*, p. 04. Segue o autor, admitindo que “é o processo penal a maior prova de civilidade de um país, quando as instituições democráticas são postas em xeque”.

²⁸⁶ PASTOR, Daniel R. Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 52, p. 207-208, 2005.

envolvida na causa levada a julgamento, da atuação das partes ou do órgão encarregado de seu julgamento, mas de uma conjunção destes fatores.²⁸⁷

Trata-se de dar garantia às *regras do jogo* do Direito Processual Penal em um Estado Democrático de Direito, ou como leciona Salo de Carvalho²⁸⁸, todas as pessoas preservam e devem ter asseguradas condições de dignidade, pois o garantismo penal²⁸⁹ é um instrumento de salvaguarda de todos, desviantes ou não.

O acusado, sem sombra de dúvida, tem o direito de saber qual é o tempo máximo que poderá ficar preso preventivamente, visto que está diante de um direito constitucional.

Sendo assim, Antônio Scarance Fernandes aduz que: “A primeira e natural exigência é a de que haja prazo fixado na lei e, assim, não havendo determinação específica do prazo, deve o diploma legislativo prever um prazo genérico aplicável aos casos omissos”. Todavia, admite o autor que a existência de prazo, por si só não é o bastante; é necessário um prazo que possibilite à parte o devido exercício da ampla defesa: “Não é qualquer prazo, mas um prazo condizente com a necessidade da atividade a ser realizada”.²⁹⁰

A incerteza é um dos males que afetam os direitos do acusado durante o Processo Penal e é essa incerteza, precisamente, que vem a ser limitada pelo prazo máximo de duração do Processo Penal como direito fundamental. Daniel Pastor ressalta que a segurança jurídica, cuja obtenção é também um imperativo central do Estado de Direito, exige que as ações estatais, sobretudo as que intervêm nos direitos básicos, devem ser, em considerável medida, calculáveis e previsíveis para os cidadãos. Um dos males que cerca a excessiva duração do processo é a submissão do acusado à incerteza sobre o seu destino, com o qual se afeta princípio oposto, a segurança jurídica, de suma importância para o Estado de Direito.²⁹¹

Com efeito, a falta de uma determinação aproximadamente precisa da duração do processo coloca o acusado em uma “situação de dupla incerteza”: não sabe de que modo encerrará o seu processo e também não sabe quando isso se dará.²⁹²

²⁸⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 66, v. 17, 1992. Também Rogério Lauria Tucci partilha deste entendimento, “como direito subjetivo constitucional, particularizado ao processo, evidentemente um direito fundamental, conferido a todos os membros da comunidade que assumam a qualificação de parte num determinado procedimento penal”. In: TUCCI, 2004, *op. cit.*, p. 255-256.

²⁸⁸ CARVALHO, 2003, *op. cit.* p. 85-97.

²⁸⁹ O modelo garantista, em uma leitura de Salo de Carvalho, caracteriza o modelo minimalista por algumas restrições ao arbítrio legislativo ou erro judicial, sendo condições de possibilidade do modelo: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, conduta, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa. *Ibid.*, p. 85.

²⁹⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 116-120.

²⁹¹ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 374, 387.

²⁹² *Ibid.*, p. 393.

A regulamentação através de lei, no entendimento de Daniel Pastor, é a única forma de dar plena satisfação ao direito em análise, limitando a arbitrariedade do Estado ao longo do procedimento, tratando de evitar que as conseqüências negativas do processo se estendam indefinidamente, ao impedir que a instrumentalidade pesada do Processo Penal seja utilizada contra os cidadãos, constituindo-se em grave e prolongada infração ao princípio da inocência.²⁹³

Partilhamos do argumento de Rogério Cruz²⁹⁴, para quem, em face do caráter excepcional de qualquer medida limitadora da liberdade do indivíduo, os prazos devem ser compreendidos como limites máximos à constrição do *ius libertatis*, o que necessariamente ensejará uma avaliação particularizada, caso a caso, do tempo necessário à segregação do indivíduo do convívio social.

Para Aury Lopes Jr.²⁹⁵ “a nenhum legislador é dado fugir da exigência de limitar rigorosamente a duração da prisão cautelar”. Trata-se, aqui, de uma regulamentação prevista desde o Direito Romano imperial. Assim, a liberdade individual do imputado deve ser tutelada contra a excessiva duração da custódia preventiva determinada pela injustificada lentidão da instrução.

A coação estatal punitiva, seja na intervenção, seja na redução de direitos e das liberdades fundamentais, ocorre principalmente através da pena, mas também o Processo Penal é, por definição, coerção estatal. Por isso, Daniel Pastor analisa que a característica comum a todas as intervenções processuais na esfera dos direitos básicos dos indivíduos é a necessidade de que tais atividades processuais estejam previamente estabelecidas e reguladas por lei em toda a sua extensão e precisão.²⁹⁶

Para Daniel Pastor, os alcances do processo em sua totalidade devem estar fixados legislativamente, ou seja, predeterminados, para que haja o *devido processo legal*; deste modo, afirma-se uma relação recíproca entre pena, processo e medida de coação processual, determinando-se legislativamente o alcance dos princípios *nulla poena, nullun crimen y nulla coactio*. Segundo Daniel Pastor, as três atividades do Estado, a saber, *proibir, julgar e castigar*, como ações restritivas de liberdade individual, devem estar claramente previstas por lei, constituindo-se, pois, no princípio da reserva legal. Resulta inegável que o processo como tal constitui, desde o ponto de vista não somente jurídico, mas também, psicológico, sociológico e até ontológico uma espécie de pena; desta forma, é também indiscutível que a

²⁹³ PASTOR, 2005, *op. cit.*, p. 224.

²⁹⁴ CRUZ, 2006, *op. cit.*, p. 108.

²⁹⁵ LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2006, *op. cit.*, p. 98.

²⁹⁶ PASTOR, 2005, *op. cit.*, p. 228.

sua duração deve estar determinada no texto legal, do mesmo modo como ocorre com qualquer outra pena, preservando-se, assim, o princípio da legalidade no âmbito processual.²⁹⁷

Há países que fixam o tempo máximo de prisão preventiva; no entanto, no Brasil, a questão não é trabalhada e surge como um verdadeiro foco de pesquisa e de crítica, porque é violadora de garantias e de direitos fundamentais.

Observa-se, portanto, que o sistema brasileiro adotou a “doutrina do não-prazo”, que, por sua vez, representa uma indeterminação conceitual, pois deixa amplo espaço discricionário para a avaliação segundo as circunstâncias do caso e o ‘sentir’ do julgador.²⁹⁸

Os tribunais em determinada ocasião trabalharam com o critério dos 81 dias, fazendo uma contagem dos prazos do procedimento ordinário. Nesta oportunidade, o eventual encarceramento acima de tal prazo caracterizaria excesso. Todavia, a legislação e os próprios tribunais vêm relativizando a duração daquele prazo²⁹⁹, em uma interpretação a favor da prisão preventiva, contra o direito de liberdade, sem discutir, com propriedade, a garantia constitucional da duração razoável do processo.³⁰⁰

Alberto Silva Franco adverte que a introdução do critério da razoabilidade deu à idéia de prazo razoável um caráter eminentemente mágico, porquanto, com a inexistência de quantificação legal, o critério de oitenta e um dias perdeu a sua força, justificando os mais absurdos abusos. Desta maneira, reivindica o autor que, para obstar qualquer tipo de manipulação dessa ordem, enquanto não houver equacionamento legal da matéria em atendimento ao princípio constitucional, deve-se acoplar o critério daqueles dias ao conceito de prazo razoável.³⁰¹

Com efeito, a excessiva duração da medida cautelar transforma-se, pois, de maneira equivocada, em cumprimento antecipado da pena; diante disso, Ferrajoli enfatiza que a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e

²⁹⁷ PASTOR, 2005, *op. cit.*, p. 229-230, 232.

²⁹⁸ LOPES JÚNIOR, 2004, *op. cit.*, p. 105.

²⁹⁹ Como podemos reconhecer, a decisão do STF refere tal relativização: “HC 92483/PE. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. RAZOABILIDADE. O entendimento desta Corte está alinhado no sentido de que o prazo de oitenta e um dias para o término da instrução criminal não é absoluto, podendo ser dilatado mercê da complexidade dos autos e da quantidade de réus envolvidos no fato delituoso. A circunstância de o paciente e outros responderem pela prática de quatro homicídios qualificados [chacina] torna razoável a dilação da instrução criminal para além do prazo legalmente estipulado. Ordem denegada.” E, no STJ: “HC 90847/SP. O período de 81 dias, fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, não deve ser entendido como prazo peremptório, visto que subsiste apenas como referencial para verificação do excesso, de sorte que a superação não implica necessariamente constrangimento ilegal, podendo ser excedido com base em um juízo de razoabilidade”.

³⁰⁰ LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2006, *op. cit.*, p. 117.

³⁰¹ FRANCO, Alberto Silva. Prazo Razoável e o Estado Democrático de Direito. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 152, v. 13, jul. 2005

dignidade dos cidadãos, visto que o princípio da necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo.³⁰²

3.4 RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PENAL

O processo cuja prolongação supera o prazo razoável, isto é, o Processo Penal de duração excessiva não lesiona unicamente o direito a ser julgado rapidamente, porém o que afeta a todos e a cada um dos direitos fundamentais do acusado e de suas garantias judiciais. O processo não é um fim em si mesmo que se estabelece com a sua simples existência, mas ao contrário, supõe por definição uma marcha, que avança através do desencadeamento de seus atos até a resolução definitiva, através da coisa julgada que põe termo ao processo.³⁰³

Em conseqüência, se o processo se prolonga indevidamente, todas as suas regras de funcionamento ficam distorcidas e as restrições processuais dos direitos do acusado, sempre precárias, já não são mais defensáveis frente a um julgamento perpetuado no tempo, dado o processo ser uma contingência temporal; como se não bastasse, a violação do princípio de inocência avança com a duração do processo.³⁰⁴

Há a opinião dominante nos tribunais internacionais de direitos humanos que o cumprimento do prazo razoável de duração do processo não apresenta, em princípio, conseqüências processuais, isto é, para o caso concreto, baseando-se no fato de ser examinado quando o processo for concluído. Segundo esta posição, o prazo razoável de duração do Processo Penal não se mede em dias, semanas, meses ou anos, porém deve ser estabelecido através de certos critérios capazes de se verificar a razoabilidade ou não da duração do processo em seu conjunto. Como já foi aqui referido, tais critérios versam sobre a gravidade do fato, sobre a duração efetiva do processo, sobre a complexidade da prova, sobre a atitude das autoridades encarregadas pela persecução penal e sobre a própria conduta do imputado em relação aos atrasos do processo.³⁰⁵

O Tribunal Constitucional espanhol, de acordo com Guillermo Yacobucci, considera para a aferição do prazo razoável o excesso de trabalho do órgão jurisdicional, a defeituosa

³⁰² FERRAJOLI, 2006, *op. cit.*, p. 427.

³⁰³ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 52.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 53.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 343.

organização dos tribunais, o comportamento da autoridade judicial, a conduta processual das partes, a complexidade do caso e a duração média dos processos do mesmo tipo.³⁰⁶

Daniel Pastor observa que, mesmo nos casos em que se afirma que a duração do processo foi irrazoável, não se menciona em caso algum, a partir de quando precisamente aquele deixou de ser razoável. Sendo assim, contrário a esta opinião dominante, advoga o autor pela necessidade de o Poder Público fixar as condições temporais máximas, limitando o seu exercício em nome do Estado de Direito, e tornando, pois, estes prazos insuperáveis.³⁰⁷

Mais do que nunca, o direito a que o processo seja julgado sem dilações indevidas impõe a especificação de regras limitativas que impeçam que aquele dure mais do que um prazo razoável, em que previamente deve ser estabelecido pela lei, assim como as conseqüências jurídicas de sua violação.

Entendemos como necessário o estabelecimento de limites precisos para a duração dos procedimentos penais, de modo a dar efetiva vigência a uma garantia judicial aos indivíduos, sob pena de violar o Estado de Direito e as suas garantias constitucionais. Além disso, é preciso superar o entendimento corrente do Superior Tribunal de Justiça, que, através das Súmulas³⁰⁸ 21³⁰⁹ e 52³¹⁰, prescreve que, pronunciado o réu ou encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo – sobre isso; as fases procedimentais podem estender-se indefinidamente.

³⁰⁶ YACOBUCCI, Guillermo. **El sentido de los principios penales** – su naturaleza y funciones en la argumentación penal. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, 2005. p. 355.

³⁰⁷ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 343-344.

³⁰⁸ Na visão de Lênio Streck, as súmulas assumem um papel preponderante em nosso sistema jurídico: “A produção sumular é uma forma indireta de criação de normas gerais. A súmula é, assim, a produção de definições explicativas, que têm força prescritiva na prática diária dos juristas, pela simples razão de que a força coercitiva do Direito não emana somente da lei, senão das práticas do Judiciário.” [...] “No Direito brasileiro, formalmente, as súmulas não vinculam os juízes, senão os próprios tribunais.”, representando “o modo pelo qual certos casos são, via de regra, julgados pelo Tribunal Superior, assinalando, assim, certa uniformidade na atividade dos órgãos aplicadores do Direito”. [...] “Ao longo e a par de tudo isto, não se pode dizer que a Súmula é um mal em si. Considere-se o papel criativo da interpretação e sua importância como processo revitalizador do ordenamento jurídico, é dizer, não se está ignorando as súmulas que significa(ra)m avanço na interpretação de diversas leis no país. O que resulta nefasto é a padronização da jurisprudência, obstaculizando o progresso do Direito. O uso das súmulas de forma indiscriminada, descontextualizadas, tem servido para a “estandarização” do Direito” [...] “Dever dos juristas, tendo à frente a categoria pugnaz dos advogados, é zelar para que não enferruje o mecanismo jurisdicional, de maneira que os modelos jurisdicionais sejam constantemente revistos, em razão de mudanças supervenientes no sistema legal, ou, o que não é menos importante, em virtude da emergência de novos valores sócio-econômicos, ou, por melhor dizer, culturais”. In: STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função**. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 237-250.

³⁰⁹ Súmula 21 do STJ: Pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.

³¹⁰ Súmula 52 do STJ: Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

Daniel Pastor considera que os prazos devem ser reconhecidos de forma imediata, clara e inequívoca na lei. Eles não podem ser encontrados através de uma interpretação extensiva e, quiçá, também supressiva.³¹¹ Ainda, para que se tenha uma eficiente resposta ao cumprimento dos prazos, é necessário que haja um incremento de pessoal no setor judicial assim como um aperfeiçoamento das técnicas de Informática.³¹²

Neste viés, Vicente Gimeno Sendra analisa algumas medidas adotadas no modelo processual espanhol, visando justamente a uma maior celeridade da Justiça Penal. Tais medidas podem ser sistematizadas em materiais, orgânicas e processuais. Dentre as medidas materiais, destaca-se a Lei n.3/1989 que tratou de descriminalizar algumas infrações leves, que resultassem em mero ilícito administrativo, contribuindo para o descongestionamento da atividade jurisdicional. Com relação ao âmbito orgânico, foi o local onde o Estado espanhol debruçou os seus maiores investimentos, ao triplicar o número de magistrados e ao duplicar os membros do Ministério Público, com a finalidade de estabelecer uma infra-estrutura necessária à Justiça Criminal. Por fim, as medidas processuais objetivam a uma maior rapidez nesta excessivamente lenta Justiça Penal, através de procedimentos *abreviados* ou *abreviadíssimos*, aos quais chamamos a atenção para o perigo a que podem levar com a supressão das garantias fundamentais.³¹³

3.4.1 Alterações legislativas atinentes à celeridade processual

Já no século XIX, o jurista francês Ernest Bertrand demonstrava a sua preocupação com a celeridade dos procedimentos criminais, tratando-a como uma questão de interesse social, de Justiça e de Humanidade.³¹⁴

Aury Lopes Jr. insiste na necessidade de se acelerar o tempo do processo, todavia faz a ressalva de que deve ser abreviado o tempo de duração da *pena-processo* a partir da perspectiva de quem o sofre. Deve-se atentar para que a aceleração não configure atropelo de garantias processuais, mas sim que aquilo ocorra através da diminuição da demora judicial com caráter punitivo. Trata-se de diminuir o tempo burocrático do processo, ao qual o autor

³¹¹ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 362.

³¹² RICO, 1997, *op. cit.*, p. 208.

³¹³ SENDRA, 1999, *op. cit.*, p. 50-51.

³¹⁴ BERTRAND, Ernest. **De la detention preventive et de la celerite dans le procedures criminelles en France & en Angleterre**. Paris: Cosse et Marchal, 1862, p. 41.

intitula como verdadeiro *tempo morto*, através da inserção de tecnologia e de otimização de atos cartorários e mesmo judiciais, assim como uma reestruturação do sistema recursal, por exemplo.³¹⁵

Em uma iniciativa de tornar o processo mais rápido, duas novas legislações ingressaram em nosso ordenamento jurídico, alterando alguns dispositivos do CPP. As leis n.11.689 de 2008 (que altera o procedimento do Tribunal do Júri) e a Lei n.11.719 de 2008 (que altera, entre outros, a suspensão do processo e os procedimentos) inseriram normas que, de acordo com as comissões de elaboração dos projetos de lei, visam dar maior efetividade e celeridade ao modelo processual pátrio.³¹⁶

No que se refere à nova disciplina do Tribunal do Júri, a Lei n.11.689/08 fixou como prazo para encerramento da primeira fase do procedimento 90 dias (artigo 412, CPP). Sobre isso, a fixação de um tempo máximo de duração da fase da instrução preliminar não tende a provocar grande alteração na tramitação processual para os processos de réus soltos, até porque não há previsão de sanção para o descumprimento do prazo, o que, por certo, torna ineficaz a sua estipulação. Por outro lado, deverá ter um efeito prático imediato nos casos de prisão preventiva.

Neste aspecto, a fixação do prazo máximo para o encerramento da instrução representa a positivação na lei ordinária, do direito constitucional ao julgamento dentro de um prazo razoável. Entretanto, os 90 (noventa) dias representam mais uma forma garantidora de limitação temporal da prisão preventiva, do que, verdadeiramente, uma estratégia de aceleração processual.

³¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v.1, p. 184.

³¹⁶ Em exposição de motivos do Projeto de lei, que altera o procedimento do Tribunal do Júri, o Ministro de Estado e Justiça, José Gregori, justifica que as alterações no Código de Processo Penal visam “cumprir os objetivos de modernização, simplificação e eficácia, tornando o procedimento do júri mais garantista, prático, ágil e atual, resgatando uma dívida de mais de um século.” In: GREGORI, José. Exposição de motivos do Projeto de Lei que altera dispositivos do Decreto-Lei 3.689/41. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 33, ano 9, jan./mar. 2001. No mesmo sentido, representando a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, Ada Pellegrini Grinover (Presidente) sustenta que “A transparência, a desburocratização e a celeridade são corolários da estrutura acusatória adotada pelo novo Processo Penal. [...] A reforma proposta visa, sobretudo, à agilização, descomplicação e racionalização dos processos de competência do Tribunal do Júri, reforçando a prova produzida perante o Conselho de Sentença, sem descuidar das garantias do acusado. [...] Os valores fundamentais do moderno Processo Penal são o garantismo e a efetividade. Garantismo visto tanto no prisma subjetivo dos direitos das partes, e sobretudo da defesa, como no enfoque objetivo da tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional. Efetividade, na visão instrumental do sistema processual, posto a serviço dos escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição, que são o de atuação da vontade concreta da lei penal, de pacificação com Justiça e de abertura à participação, dentro do processo e pelo processo”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 33, ano 9, p. 305, 311-312, jan./mar. 2001.

Ao surgimento de situações que se coloquem como entrave à observância do prazo legal, deverá o juiz, imediatamente, revogar a prisão preventiva, sob pena de restar configurado constrangimento ilegal. Ultrapassar os prazos previstos pela lei tanto para o juiz como para a acusação e para a defesa, por inobservância das regras previstas no procedimento, mantendo o acusado preso, representa inegável coação ilegal. Contudo, para os casos de réus soltos, continuará existindo excesso em relação ao prazo fixado, especialmente quando houver necessidade de apuração mais cautelosa dos fatos.

Ainda, a Lei n.11.689/08, entre algumas medidas visando tornar o procedimento mais ágil, como a redução de prazos, a realização de audiência em um só ato processual (com a inquirição de testemunhas, interrogatório e alegações orais), a supressão do libelo-acusatório, aliada à preparação do processo para julgamento em plenário de forma simples e rápida, determinou, em seu artigo 428 do CPP, a possibilidade, em razão do comprovado excesso de serviço, do desaforamento do feito, caso o julgamento não possa ser realizado no prazo de seis meses, a partir do trânsito em julgado da decisão de pronúncia.

No entanto, traz preocupação o dispositivo previsto no § 1º do art. 428 que, em clara consonância com a Súmula 64 do STJ³¹⁷, estabelece na legislação que a demora no andamento processual causada pelo exercício regular do direito de defesa possa importar em prejuízo efetivo para o acusado. Não nos parece correto o entendimento de que o exercício da ampla defesa possa acarretar prejuízo para o destinatário da garantia constitucional. Desta maneira, esta incorreta compreensão acaba por confundir e por igualar a atividade defensiva com o pedido legítimo de produção de prova ou de diligência imprescindível à defesa do acusado, como se estivesse sendo usada para causar demora ao andamento processual. Tal situação, bastante freqüente nos casos de prisões cautelares, acarreta enorme desgaste ao devido processo legal, já que as partes são levadas a não exercerem as suas prerrogativas, para não arcarem com o prejuízo decorrente da demora provocada.

Na mesma vertente, a Lei n.11.719/08 também visa imprimir uma maior velocidade nos procedimentos, através da realização de audiência una, a ser realizada no prazo máximo de sessenta dias (artigo 400), sendo as provas produzidas nesta mesma audiência, com as derradeiras alegações finais na forma oral e com a conseqüente sentença proferida pelo juiz.

Sob outro prisma, deve ser considerado que a lei que dispõe sobre a prevenção e sobre a repressão de ações ditas praticadas por organizações criminosas delimita – em seu artigo 8º – em 81 dias, quando o réu estiver preso, e, em 120 dias, quando solto, o prazo para o

³¹⁷ Súmula 64/STJ: Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.

encerramento da instrução criminal. Tal legislação, Lei n.9.034, que data de 1995, esboçou um início de fixação do que poderia vir a ser caracterizado como prazo razoável para a duração máxima de todas as prisões preventivas. Embora versando apenas sobre os delitos de natureza desta referida Lei, verifica-se uma clara e exitosa tentativa de revitalização da doutrina dos 81 dias, facilmente observável através da antiga contagem dos prazos do procedimento ordinário do CPP de 1941, que serviria de modelo e de fonte para analogia extensiva na aplicação aos demais delitos.³¹⁸

Todavia, para que tal garantia não se torne ineficaz, é necessária que seja determinada a imediata soltura do réu preso, de forma automática; ainda, estabelecida sanção processual expressa para o descumprimento de dito lapso temporal.³¹⁹

3.5 RAZOÁVEL DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

No âmbito da prisão preventiva, é reconhecido universalmente tanto na doutrina como nas legislações que tal medida processual está regida pelo princípio da reserva legal (legalidade) e que, portanto, deve estar prevista por lei, limitada no tempo e submetida às proibições de interpretação analógica e aplicação retroativa. Neste sentido, a extensão temporal da prisão preventiva, assim como o processo, deve(ria) estar fixada pela lei de um modo prévio, preciso e categórico, igual a qualquer outra limitação da liberdade.³²⁰

Além disso, cumpre ressaltar que a persecução penal estatal já representa, com a prisão provisória ou sem ela, uma pena do processo. Deste modo, o respeito à liberdade do indivíduo exige que ninguém seja submetido à tortura, a tratamento ou à punição cruel, desumano ou degradante. Em vista disso, deve-se assegurar que o sujeito, privado de liberdade, seja tratado com humanidade e com respeito à dignidade da pessoa humana.³²¹

Neste aspecto, Ferrajoli enfatiza que:

³¹⁸ Aliás, esta já vinha sendo a posição adotada por Rogério Lauria Tucci, quando menciona: “enquanto não editada legislação mais apurada e, necessariamente, clarificada, deverá ser a orientação generalizada quanto ao critério da Lei n. 9.034/95, vale dizer, 81 dias se o réu estiver preso, e de 120 dias, quando solto”. In: TUCCI, 2004, *op. cit.*, p. 264.

³¹⁹ LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2006, *op. cit.*, p. 117.

³²⁰ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 389.

³²¹ DALIA; FERRAIOLI, 2001, *op. cit.*, p. 239.

É indubitável que, por trás das intenções persecutórias, a sanção mais temível na maior parte dos processos não é a pena – quase sempre leve ou não aplicada – mas a difamação pública do imputado, que ofende irreparavelmente sua honra e suas condições e perspectivas de vida e de trabalho; e se hoje pode-se falar do valor simbólico e exemplar do Direito Penal, ele deve ser associado não tanto às penas mas, verdadeiramente, ao processo e mais exatamente à acusação e à amplificação realizada, sem possibilidade de defesa, pela imprensa e pela televisão.³²²

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. Nestes casos, o magistrado deve estar atento para conceder a liberdade e, de forma preventiva, deixar de decretar a prisão nos casos de crimes cuja condenação não acarrete pena privativa de liberdade ou que haja possibilidade de aplicação de penas alternativas – agir de outro modo seria motivo de descrédito da própria Justiça.

Contudo, diversos países já têm reconhecido que o prazo razoável da prisão preventiva deve ser fixado por lei e, desde que isso foi sucedido, os órgãos europeus de Direito Internacional dos Direitos Humanos passaram a censurar aqueles Estados cuja legislação não estabelece prazo algum.³²³ A determinação do tempo de duração da medida cautelar é essencial, devendo estabelecer de forma precisa o seu término; ademais, a privação *ante iudicium* da liberdade é sempre um fato excepcional e, como tal, não pode lançar-se *sine die*.³²⁴

A realidade brasileira é gravíssima, pois não existe limite para duração da prisão preventiva. Neste aspecto, Alberto Silva Franco esclarece que a correlação processo-tempo apresenta-se mais relevante ainda quando, no cerne do Processo Penal, adiciona-se um *plus*, ou seja, quando se faz uso do poder cautelar do Estado, em detrimento do direito de liberdade do cidadão. Para o referido autor, no caso da prisão cautelar, portanto, processo e tempo são dois conceitos que necessitam de imperiosa compatibilização.³²⁵

Deve-se ressaltar agora que inexistente um referencial de duração temporal máximo para a prisão preventiva e, em consequência disso, mantém-se encarcerado o indivíduo sob os mais

³²² FERRAJOLI, 2006, *op. cit.*, p. 675.

³²³ *Ibid.*, p. 466.

³²⁴ DALIA; FERRAIOLI, 2001, *op. cit.*, p. 314.

³²⁵ FRANCO, 2005, *op. cit.*, p. 6-7. “Nada justifica o prolongamento do processo, com a submissão do acusado a uma medida de coerção pessoal que o despoja, por tempo indefinido, de sua liberdade. A duração temporal do processo tem de ser devidamente demarcada, [...] também em consideração ao princípio da presunção de inocência, que não suporta que um acusado fique preso a título provisório, no aguardo, sem limitação temporal, do encerramento do processo penal”. In: FRANCO, Alberto Silva; MORAES, Maurício Zanoide de. **Código de Processo Penal e sua Interpretação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.1, p. 279.

diversos e abstratos argumentos, tais como, a complexidade do fato, a gravidade, o clamor público ou a simples rotulação de “crime hediondo”, como se essa infeliz definição legal bastasse para afastar a presunção de inocência, ou aproximasse o acusado da culpa, auto-legitimando qualquer ato repressivo. Em outras palavras, acaba-se relativizando o que deveria ser radicalizado no viés da intangibilidade e, mantida a lógica newtoniana, naquilo que sim deveria ser relativo (tempo, verdades, etc.).³²⁶

Como tal, o prazo deve estar regulamentado unicamente pela lei, constituindo uma limitação ao exercício do poder dos juízes e, portanto, não pode ser fixado nem suprimido por eles. Aos juízes corresponde somente o controle da razoabilidade do prazo em favor do acusado. Dito de outro modo, os juízes podem declarar que o prazo fixado pela lei como máximo para a realização do Processo Penal é superior ao razoável, porém nunca inferior. Assim, pois, os juízes podem reduzir o prazo legal e o prejuízo que ele implica, em favor do acusado, no entanto não podem estendê-lo, pois isso significaria conceder-lhe novamente – desta vez pela via indireta do controle de razoabilidade das leis – a faculdade de fixar os limites máximos de seus próprios poderes.³²⁷

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 reconhecer uma vigência efetiva e possível das regras que caracterizam o Estado de Direito.³²⁸

De fato, a duração ulterior deste procedimento é tolerada pela garantia individual que ordena o Estado a julgar rapidamente as pessoas detidas ou deixá-las em liberdade sem prejuízo da continuação do procedimento. Um tempo dado pode resultar injustificado como duração da prisão preventiva, porém razoável para que continue o processo.³²⁹

Ferrajoli adverte que “o objetivo geral do Direito Penal pode ser identificado com o impedimento do exercício das próprias razões, ou, de modo mais abrangente, com a minimização da violência na sociedade”. A lei penal visa proteger o acusado da violência arbitrária do Estado, reconhecendo este último como o mais forte, pois é possuidor de todo

³²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. O tempo como pena processual: em busca do Direito de ser julgado em um prazo razoável. In: SCHIMDT, Andrei Zenckner (Org.). **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo**. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 208.

³²⁷ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 470.

³²⁸ *Ibid.*, p. 473, 487.

³²⁹ *Ibid.*, p. 489.

um aparato repressor e acusatório. Nesse viés, o acusado é considerado como *débil*, em que a lei penal se justifica como *lei do mais fraco*.³³⁰

Desta forma, parece-nos óbvio³³¹ o direito de todo indivíduo a ser julgado em um tempo razoável e, uma vez vencido o prazo de prisão, a liberdade deve ser um imperativo, pois, em assim não se fazendo, obrigando o réu a permanecer detido *ad infinitum*, as regras do jogo, que garantem um processo devido ou regular e o estado de inocência, serão transgredidas.³³²

Como inconveniente desses sistemas em que o tempo de prisão cautelar é fixado em lei, Aury Lopes Jr. aponta a liberdade que possui o legislador em prolongar sucessivamente esses prazos, sem nenhuma garantia ao cidadão, principalmente em face da gravidade³³³ de certos delitos e, em especial, no caso de legislações de emergência.³³⁴ O autor segue referindo que é melhor ter um prazo legalmente fixado, ainda que sujeito às alterações legislativas, do que não ter prazo algum.³³⁵

Com a adoção expressa pela Constituição Federal em seu artigo 5º, LXXVIII, “não resta dúvida sobre o relevo e realce que ganhou significando em verdadeiro convite ou exigência constitucional à comunidade jurídica, a fim de dar efetividade ao princípio”.³³⁶ Cumpre ressaltar que o direito à duração razoável do processo já estava em vigor,

³³⁰ Luigi Ferrajoli foi o criador da teoria garantista, que, por sua vez, estabelece: “Garantismo, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do Direito Penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o Direito Penal e o próprio princípio majoritário”. FERRAJOLI, 2006, *op. cit.*, p. 311-312.

³³¹ Por honestidade à citação, utilizamos a expressão óbvio, quando preferíamos utilizar ‘elementar’, em consonância ao entendimento de Ricardo Timm de Souza, para quem “a Filosofia é uma inimiga mortal da obviedade”. Eis que o filosofar significa o questionamento radical da obviedade das estruturas que se pretendem substituir à vida. Ver: SOUZA, Ricardo Timm de. **Sobre a construção do sentido**: o pensar e o agir entre a vida e a filosofia. São Paulo: Perspectiva, 2004.

³³² CASTRO, César Eugênio San Martín. A privação cautelar da liberdade no Processo Penal peruano. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coord.). **Processo Penal e Estado de Direito**. Edicamp, 2002, p. 139.

³³³ E cediço que a gravidade do delito não implica que o suspeito seja o autor do ilícito, embora, sendo grave o delito, através do princípio da proporcionalidade, deve ensejar uma pena que poderá gerar a perda da liberdade de seu autor. Logicamente, a gravidade aproxima a possibilidade de decretação da prisão preventiva, mas não a determina, uma vez que se apresentam necessários para a decretação desta medida a presença dos pressupostos, a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria.

³³⁴ Giorgio Agambem, em sua obra “Estado de exceção”, alerta para o risco de se banalizar medidas tidas como de emergência, urgência, o que por conseqüência pode levar ao estado de exceção, que, hoje, atinge o seu máximo desdobramento planetário. “O aspecto normativo do Direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o Direito Internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o Direito”. In: AGAMBEM, 2004, *op. cit.*, p. 131.

³³⁵ LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2006, *op. cit.*, p. 102.

³³⁶ NICOLITT, André Luiz. **A duração razoável do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 19.

expressamente em nosso ordenamento, desde 24 de abril de 1992, por força da combinação dos artigos 9 e 14 do Pacto Internacional de São José da Costa Rica, que ingressou no Brasil em 1992, com o artigo 5º, §2º, CF.³³⁷

Estamos cientes de que, assim como foi referido por Rogério Cruz, uma das grandes dificuldades dos sistemas modernos tem sido a de conciliar o desejo por uma Justiça rápida com a exigência de uma Justiça que preserve as garantias e os direitos dos acusados.³³⁸

André Nicolitt, por sua vez, observa a necessidade de se implantar a fixação de prazo máximo à prisão preventiva, porque se trata de uma intervenção estatal na liberdade individual que é mais grave do que a própria prisão pena, sendo que, nesta última houve efetivo contraditório e ampla defesa.³³⁹

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.³⁴⁰ 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.

Conforme entendimento de Silvia Barona Vilar, a via de solução não consiste em limitar a prisão provisória, mediante prazos máximos assinalados nos distintos ordenamentos jurídico-processuais. Somente na medida em que se outorguem os meios necessários para sair desta “injusta Justiça”, através do incremento do número de juízes e tribunais, com a conseqüente eliminação de todas aquelas formalidades que acabam criando obstáculos e colocando impedimentos para a consecução de maior rapidez dos processos, estabelecendo-se, assim, procedimentos orais baseados no princípio da oralidade, concentração, prova livre, mediação, e com a adoção de uma Polícia Judicial que facilite e favoreça uma maior rapidez na averiguação e determinação da culpabilidade dos presos preventivos, é que se conseguirá dar uma solução à enorme e grave injustiça de se decretar uma prisão provisória ilimitada. Para a referida autora, a solução estaria em buscar soluções através da melhora e do aperfeiçoamento da Administração da Justiça, posições essa que consiste em outorgar meios materiais e humanos maiores, que possibilitem uma agilidade e aceleração do processo.³⁴¹

³³⁷ Artigo 5º, §2º, CF: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

³³⁸ CRUZ, 2006, *op. cit.*, p. 105.

³³⁹ NICOLITT, 2006, *op. cit.*, p. 144.

³⁴⁰ FERRAJOLI, 2006, *op. cit.*, p. 716.

³⁴¹ BARONA VILAR, 1988, *op. cit.*, p. 126-127.

Sendo assim, entendemos que o legislador deve fixar um prazo máximo para a prisão preventiva, tendo em vista que o princípio da legalidade não poderia atuar para a providência final e ser esquecido para a providência cautelar. Também, objetivamente, deve o legislador fixar marcos revisionais da prisão preventiva, com o intuito de se verificar, a justificativa de sua continuidade conforme o tempo transcorrido. Neste sentido, Aury Lopes Jr. menciona a necessidade de se adotar a idéia da revisão periódica das decisões de natureza cautelar, tendo como base o efeito de compelir o juiz a fundamentar a manutenção da prisão preventiva – nos moldes como fazem o Código de Processo Penal português (art. 213.1) ou o alemão (StPO § 122), com revisão a cada três meses.³⁴²

Deste modo, além de garantir-se ao réu o direito de recorrer a um juízo diverso daquele que decretou o provimento, a fim de verificar a legalidade da medida constritiva de liberdade, garante-se o reexame e o controle da ordem impositiva.³⁴³

3.5.1 A quem cabe fixar os prazos?

Inicialmente, para José Carlos Teixeira Giorgis, é importante verificar se há parâmetros objetivos no ordenamento legal para a quantificação do prazo razoável ou se a sua fixação deve ser integralmente deixada a critério do juiz.³⁴⁴

De acordo com Aury Lopes Jr., o ideal seria abandonar a noção newtoniana de tempo absoluto, à qual o Direito ainda está vinculado, para reconduzir o tempo ao sujeito, por meio da concepção de tempo subjetivo. A ponderação, partindo desse último tipo de tempo, deveria colocar esse poder de valoração nas mãos do julgador, que, frente ao caso concreto, poderia delimitar um prazo com maior proximidade. Entretanto, analisa o autor que, se, de um lado, não seria adequado cientificamente definir rigidamente um tempo universal e absoluto para o desenvolvimento do Processo Penal (recusa einsteniana) – através da fixação do prazo pelo Poder Legislativo – por outro, a questão não pode ficar inteiramente nas mãos dos juízes e dos tribunais, pois a experiência com a (ampla) discricionariedade judicial contida na doutrina do não-prazo –, não se apresentou positiva.³⁴⁵

³⁴² LOPES JÚNIOR, Aury. A (de)mora jurisdicional e o direito de ser julgado em um prazo razoável no Processo Penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 13, n. 152, p. 4-5, jul. 2005.

³⁴³ DALIA; FERRAIOLI, 2001, *op. cit.*, p. 244.

³⁴⁴ GIORGIS, 2004, *op. cit.*, p. 117.

³⁴⁵ LOPES JÚNIOR, 2006, *op. cit.*, p. 206.

Na lição de Ferrajoli, é a lei e não o arbítrio dos juízes que deve estabelecer os marcos penais precisos das penas privativas de liberdade, fixando os limites do Direito Penal; ainda que se possa admitir certo grau de disponibilidade por parte do magistrado, no que diz respeito à qualificação (por ele considerada) como lei inválida.³⁴⁶

Seguindo este raciocínio, Daniel Pastor refere que permitir aos juízes e não ao legislador estipular os limites temporais de seus poderes é tão ingênuo como pedir ao lobo, e não ao pastor, que cuide de suas ovelhas. De fato, a omissão de tornar concreto o estabelecimento de um prazo deve-se exclusivamente ao desejo de mantê-lo em poder dos juízes a decisão tanto da fixação da duração do processo no caso dado como o reconhecimento da consequência jurídica aplicável em caso de violação.³⁴⁷

É que o problema da excessiva duração do Processo Penal, não pode ser definido pela lei de um modo aberto nem abandonado à determinação dos juízes, porém deve ser estabelecido pelo Poder Legislativo para que realmente fixe em toda sua extensão o princípio político segundo o qual toda a atividade do Estado, mais especificamente o exercício da violência punitiva, tenha a sua legitimação na lei e encontre nela também os seus limites, inclusive temporais.³⁴⁸

Neste sentido, para Julio B. J. Maier, a fixação de um índice de razoabilidade para a duração das medidas de coerção processual contra o acusado, em especial o encarceramento preventivo, justifica-se não só por um fundamento racional, mas também no apoio a uma Lei vigente em consonância com o Estado de Direito, ao se reforçar as garantias individuais contra o abuso de poder estatal, a fim de se evitar a transformação da prisão preventiva em uma verdadeira pena antecipada, aplicada a um inocente a que não se consegue condenar em um prazo razoável.³⁴⁹

Somente a regulação legislativa dos elementos assinalados, em um ou outro caso, pode evitar a arbitrariedade estatal que representa – no que se refere à excessiva duração do Processo Penal – a omissão do legislador e a usurpação de suas funções pelos juízes.³⁵⁰

Em contrapartida, Alberto Silva Franco assevera que, na ausência de adequada legislação, o conceito deve ser jurisdicionalizado. Para isso, torna-se necessária a análise de algumas considerações prévias: a primeira é a de que a noção de prazo razoável se constitua em uma construção a favor do acusado, e não em seu prejuízo. Salienta o referido autor tratar-

³⁴⁶ FERRAJOLI, 2006, *op. cit.*, p. 808-9.

³⁴⁷ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 3, 363.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 369.

³⁴⁹ MAIER, Julio B. J. **Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situacion en el proceso penal**. Buenos Aires: Lerner, 1981, p. 141.

³⁵⁰ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 370.

se de princípio fundamental positivado em nível constitucional, e não de instrumento posto nas mãos do juiz para prorrogar indefinidamente a duração do processo. É que, em um Estado de Direito, a exigência de que o processo se finde em prazo razoável exclui qualquer concessão de espaço ao juiz para arbitrariamente determinar o ritmo do processo.³⁵¹

Outra questão é a de que o prazo razoável, por mais evidente que possa parecer, é precisamente um prazo e, como tal, deve conter limites precisos, não se esquecendo de que deve ter sempre um *dies a quo* e um *dies ad quem*, de modo que o lapso temporal total deve estar compreendido dentro desses dois marcos. Por fim, a terceira consideração apontada pelo referido autor é a da dificuldade existente em se preencher a idéia de tempo razoável: “pois corre-se o risco de se substituir um conceito um tanto vago por outro de maior vagueza”.³⁵²

Deste modo, para Daniel Pastor, somente a lei pode brindar acerca do significado preciso de prazo razoável, de sua duração e de seus efeitos jurídicos, caso aquele seja ultrapassado. Para o referido autor, só a lei garante o cumprimento do Estado de Direito. Os juízes somente poderão estabelecer o prazo de maneira provisória, reconhecendo a omissão do legislador, e somente em benefício do imputado, em âmbito análogo à lei positiva.³⁵³

Entretanto, por outro lado, Silvia Barona Vilar manifesta-se contrária à fixação de prazos ou de limites máximos de tempo da prisão provisória. Para a autora, fixar limites máximos, aumentá-los ou diminuí-los, é atar os pés e as mãos dos órgãos jurisdicionais, além de não propor solução às graves injustiças que se pode cometer com a utilização da prisão provisória. Não há, pois, nenhum sentido em fixar limites à prisão provisória, pois, transcorridos os mesmos, o sujeito submetido a isso deverá ser posto em liberdade – assim, só se conseguiria frustrar o fim e o sentido da prisão provisória. Estabelecer os prazos ou limites temporais é, de acordo com a autora, contra a função que cumpre a prisão provisória; uma vez entendido que a medida possui natureza cautelar, devemos ser coerentes com esta última, porque essa deverá manter-se enquanto ela cumpra com os fins cautelares para o que se adotou.³⁵⁴

Em nosso sistema jurídico somente as regras criadas formalmente pelo legislador, em conformidade com a Constituição, permitem fundar corretamente a atuação das autoridades predispostas para a aplicação da lei penal.

³⁵¹ FRANCO, 2005, *op. cit.*, p. 6-7.

³⁵² FRANCO, *loc. cit.* “Com efeito, se são analisados os padrões jurisprudenciais utilizados para a compreensão do significado de prazo razoável (natureza complexa do processo, pluralidade de réus, ocorrência de crime grave, o comportamento do acusado, a demora nos atos instrutórios, o retardamento da sentença, o aguardo pelo julgamento do Tribunal do Júri, etc.), fácil será verificar que o princípio constitucional de que o desfecho do processo deve ocorrer em prazo razoável é puramente ilusório”.

³⁵³ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 372-373.

³⁵⁴ BARONA VILAR, 1988, *op. cit.*, p. 125-126.

Contudo, analisando-se a realidade prática, Silvia Barona Vilar admite que não se pode deixar de aceitar que se estabeleça pelo legislador os ditos prazos, para se evitar que a falta dos mesmos leve o imputado a converter-se no objeto do Processo Penal, sofrendo as conseqüências da ausência de um aparato judicial adequado e que aquele permaneça indefinidamente em prisão provisória, recaindo sobre si uma situação que, em alguns casos, não deveria ter existido.³⁵⁵

É preciso deixar claro que a opinião da jurista, manifestando-se contra a fixação de prazos, só deve ser apreciada do ponto de vista científico, e o certo é que a realidade demonstra a necessidade de se aceitar a fixação daqueles prazos. Cientificamente, como sustenta a autora espanhola, parece inadmissível a possibilidade de desvirtuar a prisão provisória de sua natureza cautelar, estabelecendo-se, para isso, os prazos legais limitadores da mesma. Contudo, para esta autora, não podemos deixar de aceitar a existência de tais prazos, com o fim de se evitar uma prisão preventiva indefinida, que possa violar os direitos fundamentais que se reconhecem constitucionalmente, assim como a maior injustiça que um homem poderia sofrer, ao ser privado de sua liberdade e ser declarado, posteriormente, inocente.³⁵⁶

As medidas concretas de coerção estabelecem como pressuposto de validade o fato de serem tomadas em um processo dado, o qual deve estar integralmente predeterminado por lei – eis a razão pela qual se denomina de processo legal ou devido processo legal. Esta legalidade abarca também os limites temporais de sua validade e, uma vez ultrapassados, desaparece a legitimação do juízo e com ela a de cada uma de suas medidas, como também sucede quando são ultrapassados outros limites.³⁵⁷

Para Nereu Giacomolli, segundo o princípio da legalidade, o desenvolvimento e o término do Processo Penal não podem estar submetidos à vontade particular ou ao poder de disposição de determinados sujeitos jurídicos. Tal princípio cumpre uma missão específica de garantia à cidadania, já que visa à proteção de bens jurídicos essenciais e irrenunciáveis, em especial o *status libertatis*.³⁵⁸

Em outras palavras, 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. É que os juízes gozam, sem embargo, de uma necessária margem de interpretação das normas, dado que a própria aplicação do Direito, frente ao caso

³⁵⁵ BARONA VILAR, 1988, *op. cit.*, p. 126.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 126.

³⁵⁷ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 381.

³⁵⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal**: na perspectiva das garantias constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 49.

concreto, é inconcebível sem interpretação. Entretanto, entendemos que esta missão, a de se fixar o prazo, não pode ser suprida pelos juízes, senão apenas nos casos omissos.³⁵⁹

Segundo Aury Lopes Jr., o legislador deveria sim estabelecer de forma clara os limites temporais das prisões cautelares, a partir dos quais a segregação é ilegal, bem como deveria consagrar expressamente um “*dever de revisar periodicamente*” a medida adotada. Saber de antemão e com precisão qual é o tempo máximo que poderá durar a prisão preventiva constitui, como já foi dito anteriormente, um direito inerente às regras do jogo. De acordo com o referido autor, a omissão deste tempo máximo reflete a arrogância jurídica do sistema penal, que não quer esse limite, não quer reconhecer esse direito do cidadão e não quer enfrentar esse problema. Além disso, dar ao réu o direito de saber previamente o prazo máximo de uma prisão provisória é uma questão de reconhecimento de uma dimensão democrática da qual, evidentemente, não se pode abrir mão.³⁶⁰

Com efeito, o direito fundamental em questão possui uma finalidade específica, precisa e clara, a saber, evitar que as pessoas submetidas ao Processo Penal sejam efetivamente perseguidas para além de um prazo certo. Esta circunstância e o seu reconhecimento como direito subjetivo do imputado são imperativos inescusáveis do Estado de Direito como sistema de limitações jurídicas do Poder Penal Público.³⁶¹

Trata-se de obter, a partir de toda regulamentação da persecução penal, quais são as máximas materiais que, ao se reconhecer a necessidade de se regular o encarceramento preventivo no procedimento penal, estabeleçam os limites para que o Estado, sob o pretexto de disciplinar ou de interpretar a instituição, não a transforme por puro arbítrio em algo contrário aos seus fins.³⁶²

Deste modo, pensamos que, quando o prazo não é fixado em lei, os juízes deveriam fixá-lo ao iniciar o processo. Contudo, isso não é admitido pela opinião dominante dos tribunais internacionais, uma vez que, ainda que deixe a apreciação da razoabilidade a quem julga, não se exige que o prazo seja mencionado por eles, nem, muito menos, que seja determinado no começo do processo.

³⁵⁹ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 400.

³⁶⁰ LOPES JÚNIOR, 2006, *op. cit.*, p. 208-209.

³⁶¹ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 406.

³⁶² MAIER, 1981, *op. cit.*, p. 126.

3.5.2 Duração da prisão provisória no Direito Comparado

Analisando a duração das prisões provisórias no Estudo Comparado, observamos que as suas disposições devem ser consideradas a partir de uma dupla perspectiva: em primeiro lugar, no que se refere à proteção da prisão provisória injusta. Normalmente este aspecto vem regulado, na maioria dos países, mediante regra geral em que o imputado é posto em liberdade tão logo decaiam os motivos que ocasionaram a prisão. Em segundo lugar, diz respeito ao encurtamento da prisão provisória justa, que se considera como medida necessária para o processo. Via de regra, vem reconhecida nos ordenamentos jurídicos como medida de exceção, no sentido de que os casos de prisão devem ser examinados com preferência, devendo ser estudados em relação direta com o princípio da presunção de inocência.³⁶³

A idéia de que a prisão não deve persistir caso os motivos deixem de existir é reconhecida em todos os ordenamentos jurídicos analisados. O meio principal para se analisar a duração da prisão são os exames periódicos da mesma, visando a reavaliação de sua manutenção e às ordens de prisão limitadas a um determinado tempo. Desta maneira, destacamos abaixo alguns modelos processuais que podem servir de inspiração ao sistema brasileiro.

3.5.2.1 Paraguai

O Código de Processo Penal paraguaio é um referencial na América Latina, pois em seu artigo 136 estabelece em três anos o prazo máximo de duração do processo; caso contrário, ocorrerá a sua extinção. O artigo 154 do referido diploma legal disciplina os limites temporais da prisão preventiva. 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.³⁶⁴

³⁶³ BARONA VILAR, 1988, *op. cit.*, p.138.

³⁶⁴ LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2006, *op. cit.*, p.101.

3.5.2.2 Argentina

Na Argentina houve regulação legislativa do prazo máximo da prisão preventiva de um modo unitário para todos os processos e sem consideração ao delito imputado nem à pena prevista. Tal prazo foi estabelecido em dois anos (Lei n.24.390, art. 1º). Todavia, ele pode ser ampliado por mais um ano com relação a certas particularidades do caso, tais como a quantidade de fatos puníveis investigados e a evidente complexidade da causa.³⁶⁵

3.5.2.3 Peru

Veja-se que no modelo processual peruano³⁶⁶, em seu artigo 137, há um prazo de duração da prisão preventiva, que varia em função do rito procedimental previsto para os delitos, de modo que, com o seu vencimento o tribunal tem a obrigação de soltar o detido.³⁶⁷

É evidente que em alguns casos, poderá a detenção prolongar-se, desde que ocorram circunstâncias que importem em uma especial dificuldade na investigação ou em que o acusado possa subtrair-se à ação da Justiça. O sistema processual penal peruano opera de acordo com o princípio da excepcionalidade³⁶⁸, que, na lição de Castro³⁶⁹, traz consigo a regra da temporalidade, eis que a detenção deve durar o tempo estritamente necessário para assegurar a finalidade de toda medida cautelar pessoal, devendo ser aplicada com humanidade e respeito à dignidade do ser humano.

³⁶⁵ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 487-489.

³⁶⁶ O texto normativo refere o seguinte: “A detenção não durará mais de nove meses no procedimento ordinário, nem mais de 15 meses no procedimento especial. [...]. A seu vencimento, sem ter-se proferido a sentença de primeiro grau, deverá decretar-se a imediata liberdade do inculpado, devendo o juiz expedir as medidas necessárias para assegurar sua presença nas diligências judiciais.”

³⁶⁷ CASTRO, 2002, *op. cit.*, p. 134.

³⁶⁸ A respeito do princípio da excepcionalidade, Aury Lopes Jr relaciona-o com o estado de inocência, constituído em fundamental de civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenhamos que tolerar a impunidade de algum culpado, pois tão grave como é a ameaça dos delitos e das penas arbitrárias; tendo sempre como base o fato de a prisão cautelar ser exceção. In: LOPES JÚNIOR, 2004, *op. cit.*, p. 199.

³⁶⁹ CASTRO, 2002, *op. cit.*, p. 136: “Quando o fim da preservação não necessita da prisão preventiva, deve liberar-se o imputado, e, como segunda via, encontra-se o prazo limite de encarceramento, cuja existência obedece a razões de Justiça, que atua como remédio ante a pouca virtude prática da anterior”.

3.5.2.4 Itália

A legislação italiana também estipula limites segmentados de duração da prisão cautelar, de forma autônoma, para diversas fases, isto é, entre as investigações e o início do processo.³⁷⁰

Entretanto, o encarceramento preventivo na Itália, até 1955, não encontrava termos máximos. Na realidade, a primeira limitação temporal significou mais do que limite máximo, a saber, foi um limite mínimo da detenção preventiva ou da duração das causas. Isso representou, pois, uma autorização implícita a tornar lentos os processos e a manter o imputado em cárcere por quase toda a extensão do procedimento.³⁷¹

A Constituição italiana determina que a lei garantirá a duração razoável dos processos judiciais. Para Mário Chiavario, é um dos mais essenciais requisitos para um efetivo sistema judicial tal como entendido ou desejado pela opinião pública nas sociedades contemporâneas em discussão: um sistema judicial montado para proteger o inocente sem demora, bem como para assegurar a pronta punição dos criminosos.³⁷² Embora enfrentando indiretamente o tema, deve a Constituição, neste aspecto, ditar as regras do jogo, com o fim de conter o sacrifício para os casos de extrema necessidade, visto que se deve levar em consideração que o fato, ao final, pode tornar inútil este sacrifício.³⁷³

Atualmente o artigo 303 do *Codice Di Procedura Penale*³⁷⁴ estipula como termo máximo, 04 anos de custódia para os crimes com pena de reclusão não-superior a 20 anos, e 06 anos para os crimes cujo delito a lei estabelece pena de prisão perpétua (*Ergastolo*) ou reclusão superior a 20 anos. Ferrajoli considera que esses prazos são ainda muito altos, e deveriam ser diminuídos, a fim de se reduzir não apenas a afluência, mas também os abusos. Para o autor, deveriam limitar ao máximo os pressupostos da medida, reduzindo-se o número dos crimes para os quais ela possa ser aplicada, ou, ainda melhor, precisando-se as

³⁷⁰ DELMANTO JUNIOR, 2001, *op. cit.*, p. 349.

³⁷¹ FERRAJOLI, 2006, *op. cit.*, p. 712.

³⁷² CHIAVARIO, Mário. Os direitos do acusado e da vítima. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos Penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 573.

³⁷³ DALIA; FERRAIOLI, 2001, *op. cit.*, p. 234.

³⁷⁴ *Termini di durata massima della custodia cautelare : [...] 4. La durata complessiva della custodia cautelare, considerate anche le proroghe previste dall'art. 305, non può superare i seguenti termini: a) due anni, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni; b) quattro anni, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non superiore nel massimo a venti anni, salvo quanto previsto dalla lett. a); c) sei anni, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore a venti anni.*

suas fundamentações, que deveriam ser unicamente processuais e não de prevenção de perigo de futuros delitos e, além disso, sujeitos até a duração da detenção, a controles e a motivações periódicas da sua persistência.³⁷⁵

Em qualquer caso, a duração da *custodia cautelare* não pode superar os dois terços do máximo da pena prevista no conteúdo da sentença.³⁷⁶

Mesmo diante da existência de previsão para os períodos máximos de manutenção de custódia cautelar, que variam de acordo com a natureza da infração e com o estágio do procedimento, os quais, em teoria, acarretam a automática liberação da pessoa detida, para Chiavario, o sistema não é exitoso, porque não assegura uma duração verdadeiramente razoável da detenção na prática, particularmente na fase preparatória. Afirma esse autor que o sistema também fracassa ao assegurar que os suspeitos mais perigosos não sejam libertados antes que o caso seja finalmente julgado e a condenação se torne definitiva.³⁷⁷

Como forma de reduzir os prazos, o jusfilósofo italiano, Luigi Ferrajoli, sugere que o ideal seria realizar o interrogatório do imputado próximo ao primeiro julgamento, reduzindo ao mínimo – apenas aos dias necessários para as notificações – o intervalo entre o seu comparecimento ao juízo e o seu julgamento. Em outras palavras, da redução dos prazos do processo, seguiria um aumento seguro da eficiência judicial; sobretudo, resultaria fortalecida a confiança na Magistratura e restaurada a certeza do Direito. De fato, a supressão do cárcere sem processo valeria, em suma, mais que qualquer outra reforma, para resolver a crise da legitimação do Poder Judiciário e para devolver aos juízes o papel, hoje descuidado, de garantidores dos direitos fundamentais dos cidadãos.³⁷⁸

3.5.2.5 Espanha

Contudo, a lei espanhola, embora de forma mais amena que a italiana, também fixou um prazo máximo para a prisão provisória na *Ley de Enjuiciamiento Crminal* (LECRIM),

³⁷⁵ FERRAJOLI, 2006, *op. cit.*, p. 717.

³⁷⁶ BARONA VILAR, 1988, *op. cit.*, p. 139.

³⁷⁷ CHIAVARIO, 2005, *op. cit.*, p. 574.

³⁷⁸ FERRAJOLI, 2006, *op. cit.*, p. 516.

dependendo da pena cominada para o delito.³⁷⁹ Nesta sistemática também há a possibilidade de prorrogação da medida, caso a causa não possa ser julgada nos prazos estabelecidos e caso haja prova de que o acusado possa se subtrair da ação da Justiça. Nesse caso, a prisão provisória não durará mais de três meses quando se trate de causa por delito a que corresponda pena de *arresto maior*, nem mais de um ano quando a pena seja de *prisão menor* ou de dois anos quando a pena seja de *prisão maior*. A prorrogação da prisão provisória decidirá-se-á, pois, mediante decisão fundamentada, com audiência do acusado e do Ministério Fiscal.³⁸⁰

Conclui-se que, na Espanha, a prisão preventiva possui uma duração máxima de 02 anos, podendo ser prorrogada por mais 02 anos, chegando ao máximo a 04 anos; deste modo, para os casos excepcionais acima referidos, e nas hipóteses de *prisão menor* ou *superior*, pode durar até o limite da metade da pena imposta na sentença quando desta houver recurso, devendo ser decidida pelo mesmo juiz da instrução.³⁸¹

Uma reforma a respeito da prisão provisória em 1984 estabeleceu dois objetivos fundamentais a serem cumpridos: primeiro, que a medida cautelar da prisão provisória não tenha aplicação automática, senão que o órgão jurisdicional, na hora de adotar a decisão correspondente, deverá tomar em conta as circunstâncias de cada caso; segundo, dar-se-á uma atenção especial em matéria de duração da prisão provisória, já que se outorgará uma maior diligência por parte do órgão jurisdicional, na resolução das causas na qual existam sujeitos submetidos à medida cautelar.³⁸²

Conforme doutrina Odone Sanguiné, para o Tribunal Constitucional Espanhol, a imposição constitucional de que o legislador determine o prazo máximo de duração da prisão provisória encontra o seu fundamento em uma dupla via; por um lado, na *segurança jurídica* dos cidadãos, e, por outro, no princípio da *proporcionalidade*. Enquanto o primeiro, através da previsão legal, garante que o afetado pela medida cautelar possa conhecer até que momento pode durar a restrição de seu direito fundamental à liberdade, ao evitar dilações indevidas nos processos penais e ao servir de incentivo aos órgãos judiciais para que acelerem

³⁷⁹ Artículo 504.[...] La situación de prisión provisional no durará más de tres meses cuando se trate de causa por delito al que corresponda pena de arresto mayor, ni más de un año cuando la pena sea de prisión menor, o de dos años cuando la pena sea superior. En estos dos últimos casos, concurriendo circunstancias que hagan prever que la causa no podrá ser juzgada en estos plazos y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión podrá prolongarse hasta dos y cuatro años, respectivamente. La prolongación de la prisión provisional se acordará mediante auto, con audiencia del inculpado y del Ministerio Fiscal. Una vez condenado el inculpado, la prisión provisional podrá prolongarse hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la sentencia cuando ésta hubiere sido recurrida.

³⁸⁰ BANACLOCHE PALAO, 1996, *op. cit.*, p. 391.

³⁸¹ SOLAESA, José R. de Prada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Sistemas de Proceso Penal en Europa**. Barcelona: CEDECS Editorial, 1998, p. 111. Ver também: MARTÍNEZ, 2000, *op. cit.*, p. 427.

³⁸² BARONA VILAR, 1988, *op. cit.*, p. 124.

a instrução e o julgamento das causas penais com preso; o segundo, através do princípio da *proporcionalidade*, atuando como limitador da duração máxima da prisão provisória.³⁸³

Além disso, também em benefício do acusado, a lei estabelece que os processos que envolvem presos sejam atendidos de forma prioritária e com especial diligência.³⁸⁴

3.5.2.6 França

Na França há numerosos tipos de detenção: as retenções, que são limitadas a poucas horas (*gard-à-vue*³⁸⁵, que dura no máximo alguns dias) ou a colocação em custódia (detenção provisória), cuja duração máxima é de alguns meses ou, em alguns casos, anos. A duração máxima da custódia varia de acordo com a natureza da infração e não pode, em qualquer caso, “exceder um tempo razoável, tendo-se em vista a gravidade das matérias que estão sendo investigadas e pelas quais a pessoa sob exame é acusada, bem como pela complexidade das investigações necessárias para o estabelecimento da verdade” (artigo 144-1 do Código de Processo Penal francês).³⁸⁶

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

³⁸³ SANGUINÉ, 2003, *op. cit.*, p. 395.

³⁸⁴ MARTÍNEZ, 2000, *op. cit.*, p. 425.

³⁸⁵ A retenção pode ser equiparada à nossa prisão temporária: é utilizada quando for necessária para a condução das investigações. Isso significa que um Oficial de Polícia Judiciária pode realizar a *garde-à-vue* (literalmente significa “manter-se à vista”, mas na prática significa detenção para interrogatório) contra qualquer pessoa sobre quem existam fundamentos de que tenha cometido um crime consumado ou tentado. A data e o horário do início e do final da medida são consignados em um registro especial mantido pelo Ministério Público. Em princípio a *garde-à-vue* deve durar, no máximo, vinte e quatro horas (artigos 63, §2, 77, §1, e 154, §1, do CPP). Contudo, o MP pode prorrogar por mais vinte e quatro horas por meio de uma ordem escrita (artigos 63, §2, e 154, §2, do CPP). DERVIEUX, Valérie. O sistema francês. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos Penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 226.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 225-229.

uma pena *criminal* ou por uma sentença superior a um ano. Quando estas condições se fizerem presentes, a detenção poderá ser prorrogada por períodos não-superiores a 04 meses, verificando-se que o total da detenção não exceda a 01 ano. Excepcionalmente o período máximo chegará a 02 anos quando o réu estiver sendo processado por certas infrações especificamente previstas e puder ser condenado a uma pena de até 10 anos de prisão.³⁸⁷

3.5.2.7 Alemanha

No ordenamento jurídico alemão regula-se um limite de 06 meses no §121 da StPO, em que se pode aplicar ao Direito Processual alemão o previsto no art. 5-2, 2 do Convênio Europeu de Direitos Humanos. Através dele se introduziu o princípio de que a prisão provisória não pode ser executada se não houver sido possível no prazo de 06 meses se chegar à fase oral.³⁸⁸

Deve-se frisar que somente através de determinados pressupostos, estritamente interpretados, é possível a prolongação da prisão provisória além de 06 meses, e ainda, somente através do *Oberlandesgericht*³⁸⁹ poderá prolongar-se.

Na legislação alemã observa-se uma marcante expressão do princípio da proporcionalidade, estabelecendo-se limites à prisão preventiva, independentemente da sanção esperada. A regra geral será, portanto, de que a prisão provisória não possa durar além de 06 meses (§121 da StPO). Contudo, esses 06 meses poderão prolongar-se diante de determinados pressupostos: “somente quando a especial dificuldade ou a especial extensão da investigação, ou qualquer outro importante motivo não permitir sentenciar e se justifique a continuação da prisão”.³⁹⁰

³⁸⁷ DELMAS-MARTY, 2005, *op. cit.*, p. 229.

³⁸⁸ BARONA VILAR, 1988, *op. cit.*, p. 140.

³⁸⁹ “Na Alemanha a Justiça se organiza em 4 graus hierárquicos: há no âmbito estadual o *Amtsgericht* (Tribunal da Comarca), o *Landgericht* (Tribunal de Primeira Instância), o *Oberlandesgericht* (Tribunal de Segunda Instância) e na esfera federal o *Bundesgerichtshof* e o *Bundesverfassungsgericht*, aquele competente para decidir questões civis e penais, mas apenas quanto às questões de direito, jamais sobre fatos, e este o Tribunal Constitucional Alemão”. Extraído do site do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário (IBRAJUS). Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/entrevista.asp?idEntrevista=16>>. Acesso em: 16 jun. 2008.

³⁹⁰ BARONA VILAR, 1988, *op. cit.*, p. 140.

3.5.3 O direito à indenização por prisão injusta e/ou irrazoável

Entendemos que a melhor solução para os casos de demora irrazoável do Processo Penal – havendo ou não prisão cautelar – deveria ser a extinção do feito (a exemplo do sistema processual paraguaio), reconhecendo-se, desta maneira, a ilegitimidade do poder punitivo pela própria desídia do Estado. As soluções processuais poderiam também versar sobre a possibilidade de suspensão da execução ou sobre a dispensabilidade da pena, do indulto e da comutação – embora estas encontrem sérias resistências em nosso ordenamento vigente. Entretanto, as soluções compensatórias ou sancionatórias não podem ser esquecidas, devendo ser aplicadas sempre que for verificada a lesão ao princípio constitucional.³⁹¹

Cientes de que o tempo perdido no cárcere jamais será restituído é que a maioria dos países, atualmente reconhece, um direito à indenização pela prisão provisória sofrida injustamente. Em nível internacional, a CEDH regulou esta matéria em seu art.5-5. Todavia, o direito de reparação previsto possui um alcance restrito, pois somente é aplicável às pessoas que foram vítimas de uma privação de liberdade quando:

- a) a detenção não for regular e não tenham sido respeitadas as regras do procedimento estabelecidas pela lei;
- b) não se tratar de um dos casos enumerados taxativamente pelo art. 5-1³⁹²;
- c) quando a pessoa privada de sua liberdade não possa gozar dos direitos reconhecidos ao preso, previstos no art. 5^o.³⁹³

Comprovada a infração denunciada pelo injustiçado, a sentença firmada pelo órgão de Direito Internacional determinará que o Estado compense os prejuízos causados, seja através de quantia em dinheiro, seja através de algum tipo de indulto ou de perdão, total ou parcial, da

³⁹¹ LOPES JUNIOR, 2007, *op. cit.*, p. 177-178.

³⁹² Artigo 5-1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal: a) Se for preso em consequência de condenação por tribunal competente; b) Se for preso ou detido legalmente, por desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por um tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita pela lei; c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infração, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infração ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido; d) Se se tratar da detenção legal de um menor, feita com o propósito de o educar sob vigilância, ou da sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente; e) Se se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicômano ou de um vagabundo; f) Se se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição.

³⁹³ BARONA VILAR, 1988, *op. cit.*, p. 144-145.

pena aplicada,³⁹⁴ ou ainda que acarrete a nulidade do processo com a conseqüente absolvição do indivíduo.

Na verdade, Daniel Pastor reconhece que tratar o problema da excessiva duração do Processo Penal com critérios compensatórios é uma falácia, que acaba se constituindo apenas em uma “reparação simbólica”, uma vez que não pode restabelecer o *statu quo ante*, mas tão-somente compensar no futuro. Sobretudo, a restituição não abrange a dignidade atingida, apenas reconhece o erro e o compensa de forma simbólica. O Estado apresenta a obrigação de evitar a violação das garantias judiciais fundamentais dos acusados e não possui, ao contrário, a faculdade de violá-las para depois compensar os danos causados.³⁹⁵

O certo é que o fato de haver uma sanção estabelecida tanto para o erro judicial quanto para o excesso no cumprimento dos prazos representa um avanço na legislação para se efetivar a proteção aos direitos fundamentais em decorrência lesionados, conforme foi verificado nos sistemas de alguns países abaixo descritos.

Podemos observar que o art.121 da Constituição Espanhola de 1978 prevê indenização a cargo do Estado, pelos danos causados por erro judicial, assim como os conseqüentes do funcionamento anormal da Administração da Justiça. A legislação ordinária espanhola traz, em seu art. 294 da Ley Orgânica del Poder Judicial que terá direito à indenização quem, depois de haver sofrido prisão preventiva, seja absolvido por inexistência do fato imputado, de modo que a quantificação da indenização se dará em função do tempo de privação de liberdade e das conseqüências pessoais e familiares que tenha produzido.³⁹⁶

Na Alemanha existe também uma regulação expressa sobre o tema da indenização a que tem direito o sujeito que tenha padecido a uma situação jurídica injusta de prisão provisória. A Lei de 1971, StrEG, admite, em caso de desistência ou de arquivamento da investigação ou de decisão denegatória pelo tribunal em receber a ação penal ajuizada, a reparação do dano material e o pagamento de indenização diária pelos dias nos quais a pessoa esteve presa, de acordo com o dano moral suportado (§7, StrEG).³⁹⁷

A reparação pela injusta prisão na Itália foi imposta pelo legislador ordinário, assegurando não só os casos de pessoas vítimas de detenções ilegais, mas também violações em que haja proibição expressa, como no caso, de indivíduo que já tenha cumprido uma pena

³⁹⁴ PASTOR, 2002, *op. cit.*, p. 505.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 523-525.

³⁹⁶ BARONA VILAR, 1988, *op.cit.*, p. 143, 147.

³⁹⁷ JUY-BIRMANN, Rudolphe. O sistema alemão. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos Penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 61.

em virtude de sentença definitiva, posteriormente anulada, porque um fato novo ou descoberto após a condenação demonstrou a ocorrência de um erro judiciário.³⁹⁸

A Constituição brasileira, visando evitar as ocorrências de falhas e excessos, prescreveu em seu artigo 5º, inciso LXXV, que: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Ainda, em seu artigo 93, II, e, prevê a Carta Magna: “não será promovido o juiz que, injustificadamente, reter autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão”.

Nesse sentido, a violação de um prazo razoável na duração da prisão preventiva também constitui uma violação que deve ser reparada. Deste modo, uma vez estabelecida a responsabilidade estatal derivada da demora jurisdicional, surge a obrigação de se indenizar o dano. É certo que o reconhecimento da responsabilidade estatal por danos materiais e/ou morais produzidos devem ser satisfeitas ainda que não haja prisão preventiva, tendo em vista a mera submissão a um Processo Penal. Contudo, não há ainda em nosso País previsão adequada que trate do ressarcimento derivado do não-cumprimento do prazo razoável; nem mesmo as novas legislações – embora pautadas no princípio da celeridade e na agilização dos procedimentos – deram ênfase na questão da sanção por descumprimento do excesso de prazo.³⁹⁹

Além disso, como sugere Aury Lopes Jr. a própria atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal brasileiro poderia ser aplicada para compensar a demora do processo – conforme decisão da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Apelação n. 70007100902, julgada em 17/12/2003⁴⁰⁰ –, reduzindo-se, assim, a pena de prisão ao final aplicada (além da detração em caso de prisão cautelar), pois o excesso do tempo também serve de punição. Para isso é preciso certa dose de coragem aos juízes e aos tribunais brasileiros, lançando mão de medidas de natureza compensatória e sancionatória, até porque o tempo em que o Estado indevidamente se apropriou jamais será restituído.⁴⁰¹

³⁹⁸ DALIA; FERRAIOLI, 2001, *op. cit.*, p. 247.

³⁹⁹ LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2006, *op. cit.*, p. 119-123.

⁴⁰⁰ “Penal. Estupro e Atentado violento ao pudor. Autoria e materialidade suficientemente comprovadas. Condenação confirmada. Redimensionamento da pena. Atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal caracterizada pelo longo e injustificado tempo de tramitação do processo (quase oito anos) associado ao não-cometimento de novos delitos pelo apelante. Hediondez afastada. Provimento parcial. Unânime”.

⁴⁰¹ LOPES JÚNIOR, 2007, *op. cit.*, p. 178, 180.

4 CRITÉRIOS UTILIZADOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA DETERMINAÇÃO DO PRAZO RAZOÁVEL NA DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

4.1 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

Uma vez que o Poder Legislativo realçou e positivou na Constituição Federal, através da Emenda Constitucional n.45, inserindo no artigo 5º, inciso LXXVIII, o preceito fundamental que garante a todos o julgamento do processo em um prazo razoável, faz-se necessário analisar a forma como o referido princípio vem sendo empregado na realidade jurídica.

A falta de legislação ordinária, especificando os critérios e os limites de dita garantia, abre espaço para uma análise discricionária do julgador que, baseado em seu subjetivismo, define o que considera como *prazo razoável*.

Frente a este relativismo interpretativo do Poder Judiciário, buscaremos delimitar como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, objetivamente, analisam a matéria no âmbito do Processo Penal e, mais especificamente, na prisão preventiva, sobre o alcance de sua duração.

Diante da abordagem empírica, as escolhas metodológicas visam a uma análise quantitativa, uma vez entendida como a melhor forma para medir tanto opiniões, atitudes e preferências como comportamentos na realidade prática; no presente caso, isso consiste no estudo de decisões proferidas pelos Tribunais Superiores. Neste sentido, o estudo das decisões possibilita examinar detalhadamente o processo de criação de critérios para a duração da prisão preventiva, permitindo um melhor entendimento a respeito da realidade prática desse sistema.

Para uma pesquisa jurídica, Judith Martins Costa salienta que a prática e a teoria devem estar combinadas, pois a sua relação não é circular, mas sim espiralada, acrescida sempre por um elemento novo.⁴⁰² Sendo assim, trabalha-se com a idéia de que o processo deve ser mais rápido, mais eficiente e, para isso, cogitam-se modificações legislativas, sem, todavia, a realização de pesquisa empírica.

Optou-se, assim, por enfrentar com profundidade os dados, eminentemente descritivos dos casos concretos, através de 11 variáveis claras e objetivas. Cabe ressaltar que a escolha

⁴⁰² MARTINS-COSTA, Judith. O que é pesquisa em Direito? In: NOBRE, Marcos et al. (Orgs.). **O que é pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 44.

dos casos seguiu uma amostra devidamente pré-estabelecida: pesquisou-se na *jurisprudência*⁴⁰³ dos *sites* do STF e do STJ⁴⁰⁴, entre os lapsos temporais de 01/01/2005 a 01/01/2008 – tendo em vista o início da vigência da Emenda Constitucional n.45, que ocorreu em 08/12/2004, na data de sua publicação – com as palavras-chave *prisão* e *prazo* e *razoável*, em que foram localizados, respectivamente, 25 e 189 acórdãos.

4.2 AVALIAÇÃO DOS DADOS

Dentre as decisões encontradas, buscou-se, basicamente verificar como nossos Tribunais Superiores vêm interpretando a questão do prazo razoável na duração da prisão preventiva, analisando-se eventual uniformização destes prazos.

Pode-se dizer que, de modo geral, há nas decisões manifestações quanto à aplicação do artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, no que concerne à razoável duração da prisão cautelar. Sobre isso, frente aos julgados do Supremo Tribunal Federal, verifica-se em suas respectivas decisões que a dilação não-razoável caracteriza constrangimento ilegal.⁴⁰⁵ Ainda, nesta linha de raciocínio, encontra-se argumentação referente à preferência de que deve gozar o processo criminal⁴⁰⁶, de maneira que alguns julgados, inclusive, recomendam um julgamento mais célere ao órgão *a quo*, mesmo afastando o alegado constrangimento ilegal.

Em algumas decisões constata-se a preocupação do julgador com a permanência injustificada do cidadão na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso não-razoável no tempo de sua segregação cautelar, uma vez que a medida constitui-se exceção em nosso sistema jurídico, mesmo em se tratando de crime hediondo ou de delito a este equiparado.

Além disso, algumas decisões do STF fazem alusão ao fato de o antigo prazo de 81 dias para o término da instrução criminal não ser absoluto, podendo sofrer prorrogação

⁴⁰³ Cabe referir que utilizamos a expressão *jurisprudência* para indicar o local de pesquisa, porque na verdade se tratam de decisões, já que a *jurisprudência*, conforme dicção de Cassio Scarpinela Bueno, equivale à possibilidade de os tribunais decidirem monocraticamente. In: BUENO, Cassio Scarpinela. *Direito e Economia*. In: NOBRE, Marcos et al. (Orgs.). **O que é pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 184.

⁴⁰⁴ DISPONÍVEL em: <<http://www.stf.gov.br>> e <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: maio 2008.

⁴⁰⁵ STF: HC 91161/BA [...] “A duração prolongada e abusiva da prisão cautelar, assim entendida a demora não-razoável, sem culpa do réu, nem julgamento da causa, ofende o postulado da dignidade da pessoa humana e, como tal, consubstancia constrangimento ilegal, ainda que se trate da imputação de crime grave”.

⁴⁰⁶ HC 89479/PR, STF.

devido à complexidade do feito, da quantidade de réus envolvidos no fato delituoso ou do número excessivo de testemunhas.⁴⁰⁷ O certo é que a Lei n.11.709/08 alterou esta contagem, de modo que agora os prazos variam entre 95 e 115 dias, sem considerar a possibilidade de diligências, cujo prazo para a realização foi omitido pela referida legislação.

Por outro lado, há decisões que atestam que a apreciação do excesso de prazo da prisão processual deve ocorrer no campo objetivo, não importando o número de envolvidos na ação; ainda, a sentença de pronúncia não é fator interruptivo do lapso temporal relativo à prisão preventiva.⁴⁰⁸

Frente às decisões pesquisadas, passaremos agora a analisá-las em 11 variáveis, abaixo relacionadas.

a) Decisões que reconhecem a garantia do prazo razoável

É importante analisar dentre as decisões coligidas qual é o número daquelas que reconhecem que o prazo da prisão ultrapassava o razoável, para saber se os Tribunais Superiores aplicam o direito em análise.

Ao todo, foram pesquisadas 214 decisões do STF e STJ, em que em nenhuma delas é acolhido o critério dos 81 dias, como prazo fixo, estático, na contagem do tempo. Os resultados seguem abaixo:

Tabela 1 - Prazo razoável na duração da prisão preventiva

STF = 25	
Reconhece excesso na duração da prisão	Entende como razoável a duração da prisão e a mantém
12 = 48%	13 = 52%

No STF, das 25 decisões colhidas, é preciso que se diga que, em uma delas, houve a declaração de incompetência desta Corte, reconhecendo-se a competência da Justiça Militar em ação de *Habeas Corpus* de n. 90889/PE.

⁴⁰⁷ HC 92483/PE e HC 91430/PA: “Excesso de prazo da instrução criminal. Complexidade do feito, contribuição da defesa, necessidade de expedição de carta precatória e número excessivo de testemunhas a serem inquiridas. Circunstâncias que tornam razoável o término da instrução criminal em prazo superior ao previsto em lei.”, todos do STF.

⁴⁰⁸ HC 89479/PR, STF.

Entretanto, das 12 decisões que concedem a liberdade aos réus pelo excesso de prazo, tem-se:

Tabela 2 - Decisões que determinam a soltura dos acusados no STF

Tempo	%
< 1 ano	0
= ou > 1 ano	3 = 25
= ou > 2 anos	5 = 42
= ou > 3 anos	1 = 8
= ou > 4 anos	3 = 25
TOTAL	12 = 100

Fonte: Elaborada pelo autor

Já no STJ encontramos três decisões referentes à temática ora abordada, porém no âmbito processual civil. Também verificamos a existência de uma Ação Penal Privada, em que não houve decretação de prisão.

Tabela 3 - Prazo razoável na duração da prisão preventiva

STJ = 189	
Reconhece excesso na duração da prisão	Entende como razoável a duração da prisão e a mantém
89 = 47%	96 = 51%

Quanto às 89 decisões que determinam a soltura dos acusados, ao se reconhecer o constrangimento ilegal pelo excesso prazal, verifica-se:

Tabela 4 - Decisões que determinam a soltura dos acusados no STJ

Tempo	%
< 1 ano	6 = 7
= ou > 1 ano	31 = 35
= ou > 2 anos	27 = 30
= ou > 3 anos	14 = 16
= ou > 4 anos	11 = 12
TOTAL	89 = 100

Fonte: Elaborada pelo autor

Entretanto, a verificação de um limite único e objetivo, que atue como critério para a razoabilidade não pôde e nem haveria de ser encontrado de forma taxativa, face à falta de

regramento ordinário que delimite a matéria. Todavia, conforme foi constatado, o julgado do STF anteriormente citado (HC 91161/BA), reconheceu que a custódia que perdura por mais de um ano e dois meses, depois de encerrada a instrução processual, viola a garantia do prazo razoável. Em contrapartida, tal entendimento não é pacífico, conforme verificamos a seguir.

No mesmo sentido se manifestou o STF sobre o excesso de prazo em custódia que perdurou por mais de dois anos, com que o réu não havia sido nem ao menos interrogado, entendendo a dilação como abusiva.⁴⁰⁹ Constrangimento ilegal também foi verificado em prisão preventiva que dura mais de dois anos com instrução processual ainda não-encerrada.⁴¹⁰

Uma grave lesão à garantia fundamental em discussão pôde ser analisada em prisão cautelar que teve duração superior a 04 anos, porém o STF reconheceu como não-razoável a sua duração, concedendo, assim, a ordem de *habeas corpus*.⁴¹¹

Por outro lado, a alegação de excesso de prazo em prisão processual que dura mais de dois anos e dez meses não foi acatada e entendeu-se como razoável e justificada a demora para o encerramento da ação penal uma vez que foi interposto recurso ou requerida diligência pela defesa.⁴¹²

Há um entendimento dominante no STF, no sentido de que a contribuição da defesa para a demora processual não configura a ilegalidade alegada por excesso de prazo, uma vez que a (de)mora não seria injustificada, fazendo valer a Súmula 64 do STJ.⁴¹³

b) Relação entre espécie de crime e prazo

Frente à vinculação entre a espécie de crime e a garantia do prazo razoável, em algumas decisões se pode verificar a fundamentação no sentido de manutenção da prisão, quando denotado “fato de extrema gravidade”.⁴¹⁴ Neste sentido,

⁴⁰⁹ HC 90074/CE, STF.

⁴¹⁰ HC 87461/RJ, STF.

⁴¹¹ HC 88025/ES, STF.

⁴¹² HC 91118/SP: “Não há constrangimento ilegal por excesso de prazo quando eventual demora para o julgamento do Paciente se deu por culpa exclusiva deste”. No mesmo sentido ver: HC 92615/SP e HC 92204/PR, ambos do STF.

⁴¹³ HC 89090/G0, STF.

⁴¹⁴ HC 90268/SP, do STJ.

não é ilegal a decisão que mantém a prisão em flagrante, fundando-se em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente a possibilidade concreta de reiteração delituosa, diante da quantidade, qualidade e circunstâncias em que a droga foi apreendida.⁴¹⁵

Na mesma linha de raciocínio,

a periculosidade do réu, de quem se tem notícia que pratica de forma reiterada crimes da mesma espécie, aliada a indícios suficientes de autoria, uma vez que foi efetuada prisão em flagrante, bem como na necessária garantia da ordem pública, consubstanciada na gravidade da infração e na grande repercussão social, é fundamento idôneo para manter a segregação cautelar.⁴¹⁶

Salta aos olhos decisão do STF, denegando a ordem de *habeas corpus*, fundamentada na “possibilidade de vir a ser aplicada pena restritiva de direito em eventual condenação”, uma vez que a prisão preventiva foi decretada para garantia da ordem pública, com a finalidade de resguardar a sociedade da reiteração de crimes, tendo em vista o acusado possuir oito condenações pelo crime de estelionato.⁴¹⁷ Sendo assim, diante da possibilidade de o paciente vir a ser condenado por pena restritiva de direito, mantém-se, preventivamente, privado de sua liberdade e, o que é pior, em regime integralmente fechado – sabe-se lá por quanto tempo – em uma verdadeira afronta ao princípio da proporcionalidade.

STF	STJ
3 = 12%	16 = 9%

c) Razoabilidade e prazo legal

Ao analisar se a razoabilidade está vinculada ao prazo legal, no que diz respeito ao tempo de permanência de alguém na prisão, algumas decisões vinculam-se ao que “*determina a lei*” – estando preso o réu, impõe-se que seja a instrução encerrada dentro de prazo razoável.⁴¹⁸

⁴¹⁵ HC 70134/SP, do STJ.

⁴¹⁶ RHC 21702/ES, do STJ.

⁴¹⁷ HC 92896/RS, do STF.

⁴¹⁸ HC 47751/SP e 53976/SP, ambos do STJ.

Nesse mesmo sentido, é nítida a preocupação de alguns julgadores, embora de forma minoritária, com a questão da manutenção indefinida na prisão, a saber: “Há prazos para a instrução criminal, estando o réu preso, solto ou afiançado. Estando preso, impõe-se seja rápido tal procedimento, isto é, que a instrução criminal se encerre dentro de prazo razoável”.⁴¹⁹ Ainda, quanto à questão do vocábulo razoável: “Não comporta unicamente o convencimento do juiz, mas também em critérios objetivos e legais, visto que todo acusado tem direito a ser julgado em prazo razoável, sem dilações indevidas e desnecessárias, ou ser posto em liberdade”.⁴²⁰

Além disso, o STF, também de forma minoritária, admite que a apreciação do excesso de prazo na prisão preventiva deve ser realizada no campo objetivo: “sendo desinfluyente o número de envolvidos na ação, haja vista a possibilidade de desmembramento e a circunstância de o juízo estar sobrecarregado, ante a avalanche de processos”.⁴²¹

STF	STJ
6 = 24%	19 = 10%

d) Razoabilidade e discricionariedade judicial

Dentre o material coletado, têm-se que, em alguns julgados, algumas circunstâncias relativas ao processo tornam razoável o término da instrução criminal em prazo superior ao previsto em lei.⁴²² A Suprema Corte tem manifestado em algumas decisões o seu entendimento no sentido de que: “o prazo de oitenta e um dias para o término da instrução criminal não é absoluto, podendo ser dilatado mercê da complexidade dos autos e da quantidade de réus envolvidos no fato delituoso”.⁴²³

No STJ observa-se com maior intensidade essa possibilidade de o juiz estender a prisão, basta ver que:

⁴¹⁹ HC 51596/SP, do STJ.

⁴²⁰ RHC 19470/SE, do STJ.

⁴²¹ HC 89479/PR, do STF.

⁴²² HC 91430/PA, do STF.

⁴²³ HC 92483/PE, do STF.

O período de 81 dias, fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, não deve ser entendido como prazo peremptório, visto que subsiste apenas como referencial para verificação do excesso, de sorte que a superação não implica necessariamente constrangimento ilegal, podendo ser excedido com base em um juízo de razoabilidade.⁴²⁴

Ainda, nesta mesma corte, percebe-se algumas decisões no sentido de que a instrução criminal não possui as características de fatalidade e de improrrogabilidade: “fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, não se ponderando mera soma aritmética de tempo para os atos processuais”.⁴²⁵

STF	STJ
2 = 8%	63 = 33%

e) Atuação dos órgãos oficiais e excesso

Tendo em vista o excesso provocado ou não-observado pelo Estado, o STF admite, em alguns casos, que “cabe ao Estado aparelhar-se objetivando a tramitação e a conclusão do processo criminal com atendimento dos prazos processuais e, portanto, em tempo razoável”.⁴²⁶

Também o STJ tem manifestado tal entendimento sobre isso: “Cumpre ao Estado, titular do jus puniendi, prover os meios necessários à aplicação da lei penal sem que, para tanto, imprima ao acusado constrangimento ilegal”.⁴²⁷ E, na mesma linha de raciocínio: “O atraso no julgamento do acusado não pode ser considerado razoável, sendo atribuível exclusivamente ao Estado-Juiz, não podendo, o réu, suportar preso tal demora”.⁴²⁸

STF	STJ
4 = 16%	18 = 10%

⁴²⁴ HC 90847/SP, do STJ.

⁴²⁵ HC 56413/RR, do STJ.

⁴²⁶ HC 88580/RJ, do STF.

⁴²⁷ HC 51177/SP, do STJ.

⁴²⁸ HC 69448/PI, do STJ.

f) Excesso e complexidade

Esta variável representa o entendimento majoritário dos Tribunais Superiores no Brasil frente à justificação do excesso com base na complexidade da elucidação dos fatos. A maior parte dos Ministros do STF e STJ vem entendendo que, em se tratando de feito complexo, ou tendo em vista as peculiaridades da causa, como, por exemplo, a presença de muitos acusados, a expedição de carta precatória, o número excessivo de testemunhas, pode a prisão manter-se, tendo em vista o princípio da razoabilidade.

Deste modo, observa-se decisão do STF: “O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal é de que o excesso de prazo na instrução criminal afigura-se razoável quando o processo é complexo e envolve vários réus”.⁴²⁹ No STJ:

Tratando-se de causa que envolve crime de alta complexidade, como sói ser o tráfico de entorpecentes, pluralidade de réus e discussão acerca da competência do juízo, já superada, aliás, encontra-se justificada a delonga do procedimento, não havendo que se falar em excesso de prazo.⁴³⁰

Na mesma vertente, apresenta-se: “Envolvendo o processo uma pluralidade de réus e a necessidade de expedição de carta precatória para diversas localidades, torna-se razoável a delonga no procedimento”.⁴³¹ E, também:

Neste caso, a demora no término da instrução probatória (5 meses) pode ser atribuída, entre outras causas, à complexidade do feito e à necessidade, por vezes, de dilação por mais de um dia dos depoimentos colhidos, inclusive por se tratar de crime de autoria coletiva (3 pessoas).⁴³²

STF	STJ
9 = 36%	76 = 40%

⁴²⁹ HC 89863/CE, do STF.

⁴³⁰ HC 75438/SP, do STJ.

⁴³¹ HC 87152/SP, do STJ.

⁴³² RHC 22019/SC, do STJ.

g) Excesso e atuação da defesa

Algumas decisões referem que, quando o excesso é provocado, ou há contribuição da defesa no retardamento do processo, não fica caracterizado o constrangimento ilegal, inclusive invoca-se a Súmula 64 do STJ. Sobre esse assunto, manifesta-se o STF: “Dos documentos acostados aos autos, verifica-se também haver contribuição da defesa para a demora processual, não se configurando a ilegalidade alegada por excesso de prazo, por não haver mora injustificada”.⁴³³

Certas justificativas afrontam até mesmo o princípio da ampla defesa, confundindo muitas vezes a correta atuação defensiva com atos procrastinatórios: “Demora oriunda da interposição de recurso do réu contra a sentença”.⁴³⁴ Semelhante orientação possui o STJ: “A demora no término da instrução probatória pode ser atribuída, entre outras causas, ao pedido do patrono do paciente para a redesignação da audiência”.⁴³⁵

STF	STJ
7 = 28%	10 = 5%

h) Referências ao direito constitucional do prazo razoável

Algumas decisões são fundamentadas com base no art. 5º, inciso LXXVIII da CF – assim, com observância ao princípio constitucional que garante a razoável duração do processo. Desta forma, o STF assim se manifestou: “A duração prolongada da prisão cautelar afronta princípios constitucionais, especialmente, o da dignidade da pessoa humana, devido processo legal, presunção de inocência e razoável duração do processo”.⁴³⁶ E, ainda:

Traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei.⁴³⁷

⁴³³ HC 89090/GO, do STF.

⁴³⁴ HC 87189/RS, do STF.

⁴³⁵ RHC 21351/SP, do STJ.

⁴³⁶ HC 86915/SP, do STF.

⁴³⁷ HC 85237/DF, do STF.

No STJ: “A Emenda Constitucional n. 45/2004 inseriu o princípio da razoável duração do processo dentro das garantias fundamentais asseguradas a cada indivíduo, insculpido no art.5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988”.⁴³⁸

STF	STJ
13 = 52%	53 = 28%

i) Referências à Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça

Há, no STF, uma decisão fundamentada no sentido de que “fica prejudicada a alegação de excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal quando a mesma já teve seu fim”.⁴³⁹

Entretanto, no STJ, existe maior aderência à Súmula em questão: “Encerrada a instrução criminal, fica, por ora, superado o pretense constrangimento por excesso de prazo”.⁴⁴⁰

STF	STJ
1 = 4%	20 = 11%

j) Razoabilidade e prisão

Observamos a invocação do princípio da razoabilidade como condição para se prorrogar a prisão cautelar em ambos os Tribunais. Sendo assim, no STJ: “O lapso temporal para o julgamento da ação criminal submete-se ao princípio da razoabilidade, não tendo termo final improrrogável, devendo ser observado o caso concretamente analisado e atendidas as peculiaridades existentes”.⁴⁴¹

Já no STF encontramos: “RAZOABILIDADE: NÚMERO DE ACUSADOS E COMPLEXIDADE DO FEITO. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o

⁴³⁸ HC 75293/BA, do STJ.

⁴³⁹ HC 91118/SP, do STF.

⁴⁴⁰ RHC 21910/PB, do STJ.

⁴⁴¹ HC 45724/SP, do STJ.

excesso de prazo para o término da instrução criminal mostra-se razoável quando o feito é complexo e é grande o número de acusados”.⁴⁴²

STF	STJ
7 = 28%	52 = 28%

I) Recomendação de aceleração ou de agilização no julgamento do processo

A recomendação de agilização ou de celeridade no julgamento do processo foi verificada em apenas uma decisão no STF, na qual: “O processo criminal goza de preferência, devendo ser julgado em tempo razoável”.⁴⁴³

Já no STJ há um número maior de julgados com recomendação de celeridade ou com a determinação de imediato julgamento quando se tratar de réu preso.⁴⁴⁴

Como não poderia ser diferente, uma vez reconhecido o excesso de prazo e a verificação da ilegalidade da prisão, a medida a ser tomada deve necessariamente ser a imediata soltura do acusado.

Foram encontradas, junto ao STF, decisões versando sobre a obrigação do Estado em aparelhar-se, ao objetivar a tramitação e a conclusão do processo criminal com atendimento dos prazos processuais e, portanto, em tempo razoável. Uma vez extravasados os prazos processuais, cumpre reconhecer a ilicitude da custódia, afastando-a.⁴⁴⁵

STF	STJ
1 = 4%	15 = 8%

Sendo assim, das decisões pesquisadas, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça pôde-se observar em algumas variáveis, certa uniformidade nos julgamentos, frente aos resultados apontados.

⁴⁴² HC 88443/BA, do STF.

⁴⁴³ HC 89479/PR, do STF.

⁴⁴⁴ HC 86620/SP, do STJ.

⁴⁴⁵ HC 86104/SE e HC 88580/RJ, ambos do STF.

Há o entendimento majoritário no sentido de que o critério doutrinário e jurisprudencial dos 81 dias (passando para 95 e 115 dias com a Lei n.11.709/08) não deve ser rígido, objetivo, não requerendo a sua observação aritmética. Neste aspecto, os Ministros de ambos os Tribunais Superiores, em sua maioria, avaliam a questão do prazo razoável sob outros aspectos passíveis de medição subjetiva. Sendo assim, a prisão preventiva de alguém fica sempre (ou quase sempre) sob o controle temporal do julgador.

Pensamos que este posicionamento não pode mais permanecer desse modo. Sem a existência de uma legislação que discipline a matéria, a questão da duração razoável da prisão preventiva tenderá a seguir nesse mar de indefinição que, como pudemos perceber, varia, conforme o caso, de 9 meses a 10 anos.

É certo que há, embora minoritariamente, algumas decisões onde o direito ao prazo razoável é encarado sob a ótica constitucional – garantidora do *jus libertatis* –, como por exemplo, os julgados que visam observar a contagem dos prazos dos procedimentos e aqueles onde é exigido ao Estado a busca do devido aparelhamento capaz de suportar a sempre crescente demanda judicial.

Entretanto, entendemos como inconstitucionais decisões fundamentadas com base na gravidade do delito, ou na repercussão social do fato para prolongar a prisão cautelar, ofendendo os princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do estado de inocência e o direito à razoável duração do processo.

Do mesmo modo, existe grande incidência de aplicação das súmulas 21 e 52 do STJ, aos quais afirmam que, uma vez pronunciado o réu ou encerrada a instrução, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo; lesionando, assim, o direito ao prazo razoável. Inadmissível, ao nosso entender, também, a aplicação da súmula 64 do STJ, frente à possível contribuição da defesa para a demora do processo, constituindo inegável afronta ao princípio da ampla defesa, de modo que não é possível confundir-se o exercício pleno da defesa com atos protelatórios.

Aludir a demora do processo à complexidade do feito ou a atos procrastinatórios da defesa é inverter as regras do jogo, afastando a responsabilidade do Estado, verdadeiro e único detentor do aparato repressivo. Ora, se os trâmites processuais não são céleres, rápidos ou ágeis por inoperância estatal, porque o preso provisório é quem deve pagar esta conta?

Por outro lado é preciso que, além de prazos fixos estabelecidos, haja a previsão de sanção para os casos de descumprimento deste direito fundamental por parte dos órgãos do Poder Judiciário e, ainda, complementando preceituação constitucional, a regulamentação do direito do imputado à justa indenização pela indevida dilação do procedimento.

Trata-se, pois, de se tomar uma perspectiva radical nesta compatibilização entre teoria e prática, ao se afirmar a necessidade de se tornar como destinatário do discurso jurídico o cidadão, e não o julgador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o manuseio de todo o material coletado em função da elaboração desta dissertação, ficamos com um somatório de idéias, que vieram a clarear os reais objetivos e a valorização do tema estudado.

É claro que em momento algum visamos esgotar o tema, até porque esse é sempre objeto de interpretações e de aplicações variadas no Processo Penal brasileiro. Sendo assim, verificamos a importância que assola a adoção da prisão preventiva, tanto pela arbitrariedade com que vem sendo empregada a medida, ocasionando desconformidade com seus requisitos legais, quanto pela excessiva duração da mesma, violando dispositivos constitucionais.

Neste sentido, a sensibilidade do tempo pelo homem, aliada à constante transformação da sociedade, tendo em vista a aceleração social, a velocidade das informações e a tecnologia, determinam uma nova concepção de subjetividade deste tempo, ao qual está em freqüente mutação.

Mais do que nunca, o tempo do encarcerado é contrastante ao tempo dinâmico da sociedade, em que esta última não mais aceita esperar pelo devido desvelar do processo, clamando por imediata e por antecipada punição. Sobre isso, as condutas criminalizadas passam a ser apreendidas através deste espetáculo da realidade, que, impulsionadas pela mídia, recebem uma dimensão fantasiosa geradora de medo na população.

Na prática atual, não são poucos os casos em que o acusado é detido no começo do processo e não ao final, momento na qual, muitas vezes, apesar de resultar condenado, sai em liberdade no mesmo dia da sentença, devido à detração no momento da condenação por uma pena já cumprida em sede de prisão preventiva ou que lhe permita cumprir a pena em regime mais brando.

É certo que para o senso comum a inversão das relações internas do Processo Penal tem gerado a sensação artificial de que um procedimento começa quando o suspeito é detido e acaba quando é liberado; a culpabilidade do acusado é decidida, pois, para o senso comum, pela procedência ou não de uma medida cautelar. De fato, este é o resultado social da atitude permissiva dos juízes frente à utilização incorreta do processo penal e do princípio da inocência.

É importante, por assim dizer, que se respeitem as categorias próprias do Processo Penal para a verificação das medidas cautelares, verificando-se os pressupostos e o fundamento da prisão preventiva com base no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis*,

respectivamente, somente se utilizando tal restrição à liberdade do cidadão quando os seus fins forem definitivamente necessários para se resguardar o processo, a prova, mas, nunca como regra do sistema e, sim, como a exceção das exceções.

Além disso, muito se discute sobre a inconstitucionalidade das prisões provisórias frente ao princípio do estado de inocência. Efetivamente, a Carta Magna de 1988 vem considerando a prisão preventiva como constitucionalmente legítima, mas, ao mesmo tempo a submete e a coloca em contraste com o direito fundamental da liberdade pessoal, exigindo interpretação constitucionalmente adequada do instituto em questão.

Ao nosso entendimento, a prisão preventiva deve existir para assegurar uma persecução penal eficaz, logicamente dentro dos rigorosos limites indicados pelos direitos fundamentais, apoiada no princípio da necessidade que tem os Poderes Públicos de decretarem as medidas indispensáveis, adequadas e suficientes, para cada caso.

Deste modo, os únicos fins constitucionalmente capazes de legitimar a prisão preventiva são os de evitar a fuga do imputado e de impedir que ele possa obstar a investigação, ocultando ou destruindo elementos probatórios, pois, de outra forma, estar-se-ia violando a habilitação constitucional que permite a privação da liberdade. Pensamos, todavia, que, mesmo na hipótese de garantia da instrução criminal, no caso de ameaça ao material probatório, ou de ameaça a testemunhas, peritos, entre outros, antes da prisão provisória, poderiam e deveriam ser tomadas medidas alternativas, com o propósito de minorar a estigmatização e a violência, sofridas pelo sujeito passivo.

Da mesma maneira, com relação à garantia da aplicação da lei penal, frente ao risco de fuga do acusado, faz-se necessária a verificação da existência de circunstâncias concorrentes que justifiquem um perigo de fuga, através de seu comportamento anterior, para a decretação da medida constritiva de liberdade. Todavia, a utilização de medidas alternativas ao cárcere, com a utilização de medidas cautelares de natureza reais, como seqüestro, arresto ou, até mesmo, em certos casos, a prisão domiciliar, parece-nos mais benéfico para o processo e menos restritivo de garantias, além de evitar o efeito estigmatizante do cárcere.

Somente com uma verdadeira reforma da Administração da Justiça, para que se tramitem os procedimentos em menor tempo, sem prolongações anormais e injustificadas, é que poderia adequar-se a prisão provisória à verdadeira natureza e ao fim para ao qual se criou e surgiu no Processo Penal.

O investimento na informatização judicial, através de melhor aparelhamento das comarcas e Tribunais, bem como o incremento de pessoal habilitado para as tarefas jurídicas não pode ficar em defasagem frente ao constante abarrotamento deste Poder. O problema se

agrava quando os recursos humanos, financeiros e materiais do setor não experimentam incrementos proporcionais. Estes parâmetros, ainda que de forma aproximada, podem contribuir para a evolução da eficácia do sistema penal através da celeridade dos processos, da capacidade de os tribunais em receber e em julgar os casos que se apresentam, de tal sorte que o modo de se assegurar adequadamente o fluxo de casos no Processo Penal deve estar diretamente relacionado à qualidade da Justiça e ao grau de satisfação dos cidadãos.

Da mesma forma, é importante analisar a questão frente ao Direito Penal Material, pois de nada adiantará o investimento no Judiciário e na celeridade processual se as condutas delituosas continuarem sendo tipificadas em expansão e o problema não for atacado em sua base. Além de conter a inflação do Direito Penal, é necessário que se reduzam as suas categorias para o mínimo possível, deixando para a proteção do Direito Penal apenas os delitos realmente graves, que não podem ser solucionados em outra via.

Assim, no que concerne à duração dos processos, tanto os legisladores como os Administradores da Justiça defrontam-se com o problema da compatibilização entre os prazos adequados para se conciliar o princípio de uma Justiça célere e o respeito às garantias fundamentais inerentes ao acusado, que não podem ser atropeladas em nome da celeridade.

Entretanto, a falta de previsão, ao fixar os limites da duração do Processo Penal e, sobretudo, da prisão preventiva, acabam deixando ao critério do julgador a definição do que seja *prazo razoável*. Prática interessante, que deveria ser seguida pelo Brasil, é a dos sistemas processuais adotados pelos nossos vizinhos Paraguai, Argentina e Peru, em que é verificada a presença de limites temporais bem definidos para a prisão provisória, de maneira que, ultrapassado dito prazo, o encarcerado deve ser imediatamente posto em liberdade.

Avançando na temática, pensamos que, no Brasil, o Poder Legislativo deveria enfrentar, além da delimitação temporal da prisão cautelar, formas de controles periódicos, com caráter de revisão referente à necessidade de duração razoável da manutenção da custódia cautelar, a exemplo dos modelos adotados pela Alemanha e pela França.

A falta da definição do prazo razoável assim como de sanção pelo seu descumprimento ocasionam uma perda de sentido: cai-se no vazio, em uma obrigação em que o Estado é chamado para resolver, através de sua legislação, um direito fundamental. Não é possível evitar esta obrigação sob pretexto das dificuldades apresentadas pela complexidade de cada caso para traduzir o prazo razoável abstrato dos catálogos fundamentais em um prazo concreto da legislação ordinária. Conforme analisado, a omissão de concretizá-lo deve-se exclusivamente ao desejo de manter no poder dos juízes a decisão tanto da fixação da duração do processo no caso dado como o reconhecimento da consequência jurídica aplicável em caso

de violação. Esta situação, além da arbitrariedade evidente, estimula a mais absoluta insegurança na tarefa de se verificar se um processo em concreto atingiu ou não o seu prazo máximo de duração razoável, permitindo, assim, o estabelecimento das mais variadas conseqüências para o caso de uma resposta afirmativa.

Por assim dizer, diante de tão relevantes motivos, impõe-se, no campo de elaboração legislativa, a ainda ausente limitação temporal da prisão preventiva, a fim de que dure o estritamente necessário, em um prazo razoável, desde logo fixado. É certo que nessa perspectiva já ocorra a edição de normas, que caminha no sentido da determinação de celeridade e da agilização dos procedimentos penais – entretanto, um prazo fixo para a prisão preventiva ainda não foi estabelecido. Como se observa, o preso preventivo goza de um direito fundamental, isto é, o de não permanecer encarcerado além de um prazo razoável, e desde logo deve ser posto em liberdade, uma vez cumprido o prazo máximo de duração da medida cautelar imposta.

Da mesma maneira, é fundamental o estabelecimento de sanções rígidas aos agentes estatais da persecução e da execução penal e do Poder Judiciário pelo descumprimento dos prazos procedimentais. Caso contrário, os prazos dificilmente serão cumpridos e respeitados, voltando-se, aqui, ao velho dilema da discricionariedade que envolverá o ato de julgar, a exemplo da inexitosa teoria dos 81 dias.

Por fim, e, complementando preceituação constitucional, faz-se premente a regulamentação de soluções de natureza processual, compensatória e sancionatória, como medida de se reduzir os danos enfrentados em virtude da demora. Sendo assim, deve o Juiz ou Tribunal determinar a extinção do feito ou o seu arquivamento, assim como, por exemplo, utilizar-se da atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal para reduzir a pena (independente da detração), bem como declarar a responsabilização civil do Poder Judiciário, ou do agente público causador do excesso, fixando a justa indenização pela indevida dilação da prisão preventiva, como direito fundamental do acusado.

REFERÊNCIAS

AGAMBEM, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. **Estudos Avançados**, São Paulo, n. 61, v. 21, set./dez.2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: julho 2008.

ALVES, Roque de Brito. **Dos indícios no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BANACLOCHE PALAO, Julio. **La libertad personal y sus limitaciones**: detenciones y retenciones en el Derecho Español. Madrid: Ciências Jurídicas, 1996.

BARONA VILAR, Silvia. **Prisión provisional y medidas alternativas**. Barcelona: Libreria Bosch, 1988.

BAUMAN, Zigmunt. **Globalização**: as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno**. Séc.: XVII e XVIII. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977a. v.1.

_____. **O pensamento europeu moderno**. Séc.: XIX e XX. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977b. v.2.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3.ed. rev. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BERTRAND, Ernest. **De la detention preventive et de la celerite dans le procedures criminelles en France & en Angleterre**. Paris: Cosse et Marchal, 1862.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Trad. de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOUTANG, Pierre. **O tempo – ensaio sobre a origem**. Trad. de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro, DIFEL, 2000.

BUENO, Cassio Scarpinela. Direito e Economia. In: NOBRE, Marcos et al. (Orgs.). **O que é pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CARNELLI, Lorenzo. **Tempo e Direito**. Trad. de Érico Maciel. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. 5.ed. Trad. de José Antonio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. **Lições sobre o Processo Penal**. Trad. de Francisco José Galvão Bruno. v.2. Campinas: Bookseller, 2004.

CARVALHO, Fabiano. EC N.45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASTRO, César Eugênio San Martín. A privação cautelar da liberdade no Processo Penal peruano. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coord.). **Processo Penal e Estado de Direito**. Edicamp, 2002.

CHIAVARIO, Mario. **La riforma del Processo Penale: appunti sul nuovo codice**. 2.ed. ampl. e atual. Torino: UTET, 1990.

_____. Os direitos do acusado e da vítima. In: Delmas-Marty, Mireille (Org.). **Processos Penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CLEINMAN, Beth. A Esquerda Punitiva: entrevista com Maria Lúcia Karam. **Revista de Estudos Criminais**, n. 1, 2001.

COMTE-SPONVILLE, André. **O ser-tempo**. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 66, v. 17, 1992.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar** – dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di Diritto Processuale Penale**. 4.ed. Milano: CEDAM, 2001.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2.ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos Penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DEL POZZO, Carlo Umberto. **La liberta personale nel Processo Penale italiano**. Torino: Utet, 1962.

DERVIEUX, Valérie. O sistema francês. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos Penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

INFOPEN. DISPONÍVEL em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: mar. 2008.

EINSTEIN, Albert. **Vida e pensamentos**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ELIAS, Norbert. **Sobre o tempo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 41, p. 135, 2003

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

_____; MORAES, Maurício Zanoide de. **Código de Processo Penal e sua Interpretação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.1.

GAUER, Ruth Maria Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo). In: (Org.). **A qualidade do tempo**: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. A ilusão totalizadora e a violência da fragmentação. In: _____. **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais: aspectos jurisprudenciais. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, n. 11, p. 69-95, 2005.

_____. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal**: na perspectiva das garantias constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Prazos no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

_____. O prazo razoável como conceito indeterminado no Processo Penal. In: FAYET JÚNIOR, Ney; WEDY, Miguel Tedesco (Orgs.). **Estudos críticos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GREGORI, José. Exposição de motivos do Projeto de Lei que altera dispositivos do Decreto-Lei 3.689/41. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 33, ano 9, jan./mar. 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 33, ano 9, p. 305, 311-312, jan./mar. 2001.

HAWKING, Stephen W. **Uma breve história do tempo**: do Big Bang aos buracos negros. Trad. de Maria Helena Torres. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

_____. **O Universo numa casca de noz**. Trad. de Ivo Korytowski. 6.ed. São Paulo: ARX, 2004.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis; Rio de Janeiro: Vozes e Edusf, 2006.

HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. In: PASSETI, Edsno (Coord.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

INSTITUTO Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário (IBRAJUS). Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/entrevista.asp?identrevista=16>>. Acesso em: 16 jun. 2008.

JUY-BIRMANN, Rudolphe. O sistema alemão. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos Penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETI, Edson (Coord.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v.1.

_____. **Introdução crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. O tempo como pena processual: em busca do Direito de ser julgado em um prazo razoável. In: SCHIMDT, Andrei Zenckner (Org.). **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo**. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. A (de)mora jurisdicional e o direito de ser julgado em um prazo razoável no Processo Penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 13, n. 152, jul. 2005.

MAFESSOLI, Michel. **O instante eterno**: o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas. São Paulo: Zouk, 2003.

MAIER, Julio B. J. **Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situacion en el proceso penal**. Buenos Aires: Lerner, 1981.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Trad. de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v.4.

MARTÍNEZ, Sara Aragonese. Las medidas cautelares. In: SANTOS, Andrés de La Oliva et al. **Derecho Procesal Penal**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. O que é pesquisa em Direito? In: NOBRE, Marcos et al. (Orgs.). **O que é pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NICOLITT, André Luiz. **A duração razoável do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NOTARIANO JÚNIOR, Antônio de Pádua. **Garantia da razoável duração do processo: reforma do Poder Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OST, François. **O tempo do Direito**. Trad. de Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005.

PAIS, Abraham. **Einstein viveu aqui**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

PASTOR, Daniel R. Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 52, 2005.

_____. **El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho: una investigación acerca de la excesiva duración del Proceso Penal y sus posibles soluciones**. Buenos Aires: AdHoc, 2002.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto. El derecho a um processo sin dilaciones indebidas. In: COLOMER, Juan-Luis Gómez; CUSSAC, José-Luis González (Coords.). **La reforma de la Justicia Penal**. Publicações da Universitat Jaume I, 1997.

POLASTRI LIMA, Marcellus. **A tutela cautelar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas: tempo, caos e as leis da Natureza**. São Paulo: Unesp, 1996.

PROJETO-Lei n. 4.201/2001. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/paginadocumentos.action>> Acesso em: 23 set. 2008.

PROJETO-Lei n. 4.201/2001. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>> Acesso em: 23 set. 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

RIVEIRA BEIRAS, Iñaki (Org.). La crisis del welfare y sus repercusiones en la cultura política europea. In: **Política Criminal y Sistema Penal**: viejas y nuevas racionalidades punitivas. Barcelona: Anthropos, 2005.

SANCHEZ, Martina. **As seis direções do tempo** (dos Maias a Einstein). Goiânia: IMERY, 1987.

SANGUINÉ, Odone. **Prisión provisional y Derechos Fundamentales**. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

_____. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Boletim IBCCRIM**, n. 107, out./2001.

SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. Trad. de Arnaldo do Espírito Santo et al. 2.ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004. Livro XI.

SENDRA, Vicente Gimeno. **Derecho Procesal Penal**. 3.ed. Madri: Colex, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SISTEMA INTEGRADO DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS (InfoPen). Órgão do Ministério da Justiça. Disponível em <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: março 2008.

SOLAESA, José R. de Prada. In: Delmas-Marty, Mireille (Org.). **Sistemas de Processo Penal en Europa**. Barcelona: CEDECS Editorial, 1998.

SOUZA, Ricardo Timm de. **O Tempo e a máquina do tempo**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

_____. **Sobre a construção do sentido**: o pensar e o agir entre a vida e a filosofia. São Paulo: Perspectiva, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro**: eficácia, poder e função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 12 maio 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 12 maio 2008.

SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. São Paulo: Leud, 1994.

TORNAGHI, Hélio. **Manual de Processo Penal**. (prisão e liberdade). Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963. v.2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 29.ed, São Paulo: Saraiva, 2007. v.3.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro**. 2.ed, rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIRILIO, Paul. **Velocidade e Política**. Trad. de Celso Mauro Parciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

YACOBUCCI, Guillermo. **El sentido de los principios penales** – su naturaleza y funciones en la argumentación penal. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, 2002.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Trad. de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WEDY, Miguel Tedesco. A prisão em flagrante e a prisão preventiva: uma análise crítica. In: FAYET JÚNIOR, Ney; WEDY, Miguel Tedesco (Orgs.). **Estudos Críticos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Os limites do aprisionamento. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, n.3, v.1, p. 51-54, 1988.